PAULO CÉSAR BUSATO

DIREITO PENAL

PARTE GERAL

DIREITO PENAL

O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de ciências exatas, humanas, jurídicas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada e à preparação para concursos.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

PAULO CÉSAR BUSATO

DIREITO PENAL

PARTE GERAL

- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.

- Fechamento desta edição: *18.05.2020*

- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.

- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**

  Editora Atlas Ltda.
  Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
  Rua Conselheiro Nébias, 1.384
  São Paulo – SP – 01203-904
  www.grupogen.com.br

- Capa: Aurélio Corrêa

- Produção digital: Ozone

- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
  SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

  Busato, Paulo César

  Direito penal: parte geral, volume 1 / Paulo César Busato. – 5. ed. – são paulo: Atlas, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-97-02558-3

1. Direito penal – Brasil. I. Título.

20-63711 CDU: 343.2(81)

Meri Gleice Rodrigues de Souza – Bibliotecária – CRB-7/6439

Dediquei a confecção deste livro, desde a sua primeira edição, à minha esposa e meus filhos, pela paciência que tiveram com os momentos deles roubados por essa vilã, a academia. Queria, porém, especialmente nesta quinta edição, dedicá-la ao meu primeiro neto, Eduardo, que chegou como uma bênção, uma verdadeira luz, durante a conclusão do texto, e que me permitiu devolver o tempo de amor, antes roubado do seu pai, a ele, em seus primeiros dias de vida.

SOBRE O AUTOR

Professor da graduação, do mestrado e do doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Coordenador do Núcleo de Pesquisa "Sistema Criminal e Controle Social" (UFPR), cadastrado no CNPq. Membro d Conselho Científico do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano da Georg-August Universität, em Göttingen, Alemanha. Membro do Comit Científico Internacional de Pós-Graduação da Universidade de Catilla-La Mancha Toledo, Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade d Coimbra, Portugal. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Doutor em Problema atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha Pós-doutor na Universidad de Valencia, Espanha. Autor de diversos livros e artigos nas áreas de Direito Penal, política criminal e filosofia da linguagem, publicados em países latino-americanos e europeus. Procurador de Justiça do Ministério Público d Estado do Paraná. Diretor Acadêmico da Associação Paranaense do Ministéri Público.

APRESENTAÇÃO À 5ª EDIÇÃO

Efetuei alterações de texto, visando torná-lo mais claro, evitando ambiguidades. Sirva como exemplo o atendimento à sugestão de meu colega Donizete Gordiano, referente à compreensão do dolo desde o ponto de vista normativo, como o *compromisso com a realização do resultado*.

Detalhei melhor minha posição a respeito das permissões fortes em defesa de bens jurídicos coletivos, ajustando-a ao meu entendimento acerca do modelo contratualista contemporâneo, em virtude do qual não reconheço ao Estado a condição de sujeito de direitos, portanto, tampouco de titular de bens jurídicos. Isso supõe uma contraposição frontal à doutrina dominante.

Explicitei uma posição a respeito da figura do estado de necessidade agressivo, mostrando como ele deve ser interpretado preferencialmente na qualidade de *permissão fraca*.

Ajustei vários pontos visando esclarecer melhor a aplicação da base filosófica da linguagem.

Um dos mais relevantes foi o referente às causas de ausência de ação. Influenciado, mais uma vez, pelas reflexões de Tomás Salvador Vives Antón em seu artigo sobre atuações em estado de sonambulismo e hipnose, constante no livro *Crímenes e Castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, adotei a sua posição. Vistos tais casos à luz da filosofia da linguagem, cessam os amplos debates sobre se o sonâmbulo ou hipnotizado atua ou não, resolvendo-se pela remessa dos casos a outro campo da teoria do delito mais apropriado para a exclusão da responsabilidade.

No campo da individualização da pena, sugeri, na atenuante inominada, que se incorpore à prática forense brasileira o exemplo espanhol da atenuante genérica de quase prescrição, influenciado pelo texto a respeito do tema publicado por Ramón Ragués i Vallés na *Revista In Dret*, com o título “La atenuante analógica de

cuasiprescripción”. Também inseri elementos provenientes de excelente trabalho do magistrado Rogério Etzel, um dos mais sensíveis e humanos especialistas em individualização da pena no Direito Penal brasileiro.

Ampliei a bibliografia citada e corrigi alguma nota de rodapé por sugestão do meu colega Heric Stilben.

Atualizei todo o material com a legislação advinda desde 2018 que alterou a parte geral do Código Penal, até a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o chamado *Pacote Anticrime*.

Curitiba, 26 de fevereiro de 2020.
O Autor

APRESENTAÇÃO À 4ª EDIÇÃO

A 3ª edição desta obra esgotou-se rapidamente, em tão somente 9 meses, o que reclamou um novo texto. Como mantenho sempre ativa a redação de uma nova edição, incorporando constantemente as ideias que encontro pelo meu caminho acadêmico, foi possível rapidamente disponibilizar esta 4ª edição.

Repetindo o procedimento da edição anterior, esta apresentação cumpre função de guia explicativo das alterações que o leitor encontrará no livro.

A primeira delas é a inserção de uma nota de rodapé no capítulo 5, explicando melhor as discrepâncias entre Luhmann e Maturana e Varela, para evitar mal-entendidos. Atendo a uma sugestão do meu amigo Prof. Gildson Gomes dos Santos.

No capítulo 10, incorporei uma explicação mais detalhada do problema da embriaguez a partir da concepção significativa da ação, por meio da qual proponho o abandono da vetusta tese da *actio libera in causa*.

No capítulo 14, dos sujeitos do delito, incluí vasta bibliografia e texto referente à análise de se o Código Penal brasileiro adota uma teoria unitária ou diferenciadora acerca do concurso de pessoas e sobre o ajuste e as possibilidades de emprego de critérios próprios da teoria do domínio do fato como fórmula de interpretação das regras do Código Penal brasileiro. Isso deveu-se basicamente a um texto da lavra de meu querido amigo Alaor Leite, que me foi presenteado por ocasião do II Congresso Internacional da FICP em Bogotá, Colômbia, quando coincidimos. Do texto e das conversas que tivemos sobre ele, adveio um artigo publicado na revista *Delictae*: *Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, em coautoria com Rodrigo Cavagnari, cujas conclusões restaram incorporadas aqui.

Finalmente, incluí, no capítulo 18, sobre a individualização da pena, argumentos de reforço a respeito da ideia de indispensabilidade de referências subjetivas para a individualização da pena, posição que tem sido frequentemente atacada no cenário jurídico nacional, a meu ver, sem razão, dada ser esta justamente a expressão de

tratamento do réu como sujeito, e não como objeto, além de ser uma concepção claramente mais liberal. Retirei o item 4 desse capítulo, referente à substituição da pena privativa de liberdade, reservando a discussão para o capítulo 20.

Espero que o leitor aprecie a evolução do texto, que segue vivo e pulsante, pronto para novas incorporações, debates e sugestões.

Curitiba, outubro de 2017.

O Autor

APRESENTAÇÃO À 3ª EDIÇÃO

A apresentação desta terceira edição cumpre função de guia explicativo da abrangente alteração que se fez em face da edição anterior.

Pela primeira vez desde que apareceu este livro, consegui – ainda que não com o tempo ideal – debruçar-me sobre a revisão mais detidamente graças à ocasião de meu pós-doutorado na Universidade de Valência, em estreito contato com a escola de Vives Antón, cujas ideias são inspiração constante para tudo o que escrevo.

Naturalmente, essa influência se faz notar nesta terceira edição.

Entretanto, o livro também recebeu amplas correções, adicionou-se nova bibliografia e retomou-se vários temas a partir de leituras e sugestões advindas daqueles que se utilizam do livro para suas aulas, seus trabalhos, sua pesquisa etc.

Uma grande inovação é que esta edição traz um capítulo novo, de número 20, com o título "Da determinação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade e de sua substituição por penas restritivas de direitos e/ou multa", uma vez que as edições anteriores não tratavam da questão do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Com isso, a numeração dos capítulos anteriores alterou-se, a partir do 20.

No que se refere à terminologia, alterei, em alguns tópicos, a denominação *conceito significativo* de ação para *concepção significativa* de ação, visando ajustar-me ainda mais à terminologia empregada por Vives Antón, que – para minha enorme satisfação – tem encontrado crescente aceitação na doutrina penal mais qualificada. A denominação é mais apropriada linguisticamente, uma vez que o *conceito* remete a algo hermético, fechado, incompatível com a variabilidade das circunstâncias, que é precisamente o que dá ensejo a um modelo significativo. Portanto, se a ação é um modo de conceber o sentido de um contexto, mais apropriado o emprego da denominação *concepção*.

Devo também agradecer a muitos colaboradores que indicaram correções

necessárias, sugeriram temas e novas abordagens.

Ao Bruno Cortez Torres Castelo Branco, agradeço pelas sugestões percucientes no sentido da necessidade de ampliação dos comentários a respeito da medida de segurança, especialmente da lamentável fórmula legislativa acerca do "período de prova" após o seu cumprimento, e sobra indicação da dissertação de cátedra do Prof. Dr. Laertes Macedo Munhoz, referência incorporada ao capítulo da pretensão de reprovação.

Agradeço ao Gustavo Quandt a oportunidade de discutir novamente os casos de *actio libera in causa* frente às hipóteses de embriaguez, por meio da orientação de sua dissertação de mestrado na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Ele foi um interlocutor interessado, que me levou a recuperar as ideias de um artigo que publiquei no ano de 2001 e atualizá-las, o que viabilizou que se ampliassem as observações sobre o tema neste volume.

Agradeço à área de Direito Penal da Universidade de Valência a oportunidade de participar de um seminário em que o Prof. Vives Antón colocou sob discussão um artigo seu traduzido por mim ao português e enviado à publicação, tratando de fazer uma crítica muito severa aos modelos de imputação em comissão por omissão que se reduzem à posição de garantidor. Essa discussão permitiu uma revisão do posicionamento adotado nesta obra a respeito dos fundamentos da imputação nos casos de omissão imprópria. A adaptação se aproxima mais do modelo significativo. Também aproveito para citar, no capítulo, o trabalho de Julio Cezar Zini, que trata precisamente de uma abordagem significativa da comissão por omissão e é a primeira monografia com esse perfil publicada no Brasil sobre o tema.

Agradeço a oportunidade de conhecer o livro do Julio a partir do convite do Prof. Dr. Fernando Galvão para participar do concurso para professor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), no qual Julio Cezar Zini era um dos candidatos aprovados.

Enfim, quero também agradecer ao Grupo GEN, que preservou o interesse na publicação de edições constantemente atualizadas da obra, permitindo um desenvolvimento permanente deste livro, que pretende ser uma ferramenta de trabalho

no ensino e no debate de um Direito Penal que se almeja democrático.

Como se nota, um livro de parte geral de Direito Penal é uma espécie de organismo vivo, em permanente mutação, em acompanhamento ao que pensa o seu autor. E espero que assim permaneça sempre, porque no momento em que uma nova edição contemplar exatamente o mesmo conteúdo da anterior, o pensamento do autor estará estagnado e, certamente, ela não será repetida.

Valência, setembro de 2016.

O Autor

APRESENTAÇÃO À 2ª EDIÇÃO

Sempre pensei que os livros tivessem vida própria. Este, seguramente, tem.

Após o lançamento da primeira edição deste Direito penal, Parte Geral gratificado, recebi inúmeros comentários positivos, focados sempre na inovação que o livro traz em termos de perspectivas de abordagem do sistema de controle social penal. A edição esgotou-se rapidamente, embora tivesse sido lançada em setembro, completamente fora de época, obrigando a que se providenciassem reimpressões.

Convicto de que a ciência serve à solução dos problemas práticos, a cada novo *e-mail* de amigos e colegas professores que passaram a utilizar o livro como base de discussão de suas aulas, eu pedi para que estes me apresentassem problemas, questões, tópicos de que eventualmente eles sentiram falta de que tivessem sido discutidos no livro, ou sobre os quais o livro merecesse alguma classe de aprofundamento. Afinal, se o livro é, para o autor, catarse de suas ideias, para o professor, é ferramenta de ensino e aprendizagem.

Para minha satisfação, muitos colegas sugeriram novos temas, novos problemas, adição de bibliografia etc. Devo render a todos meu agradecimento e dizer que todas as sugestões, absolutamente sem exceção, foram tratadas, sempre expressando, em cada caso, o meu ponto de vista.

Daí que esta segunda edição consista em um trabalho novo, repleto de adições, enfim, vivo, como todo livro deve ser, não tem a mesma aparência de um ano atrás!

Dentro das muitas colaborações para esta segunda edição, destacam-se as contribuições do meu querido amigo Rodrigo Sánchez Ríos, que sugeriu que se abordassem no tema das imunidades parlamentares as questões relativas à polêmica das prisões derivadas da Ação Penal n° 470, o famoso Caso Mensalão.

Também procedi a algumas atualizações.

Seguindo a dinâmica do Manual de Hurtado Pozo, optei por retirar a discussão do conflito aparente de normas da parte introdutória, de hermenêutica, e a levei para a

parte do concurso de crimes, convencido de que o processo interpretativo que é operado pelo juiz para resolver um conflito aparente de normas é o mesmo que o leva a resolver a regra aplicável no caso do concurso de crimes. Cheguei a essa conclusão muito em função das discussões que tive como orientador da tese doutoral do Dr. Flávio Antônio da Cruz, magistrado humano e preocupado com o resultado das operações hermenêuticas da atividade judicante.

Também alterei parcialmente o capítulo da pretensão de ofensividade, para incluir a categoria dos bens jurídicos *coletivos impróprios*, assim denominados por sua peculiar característica mutante, que descobri durante o desenvolvimento dos estudos de parte especial a respeito dos crimes de perigo comum.

No tocante à individualização da pena, reforcei a bibliografia e os argumentos ao redor da função central que o princípio de culpabilidade ali exerce no sentido do recorte de uma pena individualizada ao condenado.

Ao lado disso, alguns colegas apontaram e eu mesmo capturei alguns equívocos de digitação, confusões de datas e páginas que foram corrigidas.

Portanto, tenho muito que agradecer a todos os que contribuíram para a revisão deste livro, ao tempo em que peço que sigam instando-me a novas revisões e mudanças.

De tudo isso pode o leitor concluir que tem nas mãos um novo livro, ainda vivo, em constante mutação.

Curitiba, outubro de 2014.

O Autor

NOTA DO AUTOR

Alcançar a confecção de um livro que compreende toda a parte geral do Direito penal é, para qualquer autor, um momento que representa o ápice da sua carreira acadêmica. Significa ter enfrentado, um a um, os problemas mais cruciais do objeto de estudo sobre o qual se debruça. Logicamente, o aprimoramento e a verticalização de problemas, bem como o enfrentamento de novos desdobramentos das questões centrais que venham à tona podem levar à nova elaboração e ao consequente surgimento de novas edições. No entanto, as ideias principais do autor já estão todas previamente fixadas quando ele conclui o volume de parte geral.

A sensação, enfim, é de que a construção da casa está pronta e ela já pode ser habitada. Será sempre melhorada, aprimorada, reformada, corrigida. No entanto, a estrutura já está pronta.

No presente volume, portanto, o leitor encontrará uma estrutura geral de minhas impressões sobre o Direito Penal.

Aquele que já se encontrou, eventualmente, com algum outro escrito de minha autoria reconhecerá, aqui, o perfil que norteia minhas investigações na área do Direito Penal: a marca de influência da filosofia da linguagem aplicada. Procurei desenvolver, a partir das bases lançadas por Vives Antón e George Fletcher, uma estrutura geral de teoria do delito partindo de um modelo que se poderia qualificar de *significativo*, por referência à teoria da ação e à fórmula de interpretação da norma. Dessa estrutura geral procurei derivar o enfrentamento dos problemas de parte geral.

De qualquer modo, consciente do perigo da importação acrítica de teorias oriundas de outras realidades sociais, não descurei da preocupação de formulação de uma teoria crítica, cuidadosa com os resultados dela derivados e atenta ao perfil de princípios correspondentes a um modelo de Estado social e democrático de direito. Daí que, em alguns pontos, surgem dissensões em relação às soluções apontadas pelos próprios autores das teorias de base.

O que é contemplado neste volume é uma perspectiva completamente nova do enfrentamento da parte geral do Direito penal, não obstante, perfeitamente ajustado à realidade social brasileira e voltado à interpretação do Código Penal brasileiro.

Na primeira parte, encontra-se uma análise do desenvolvimento dos fundamentos das teorias do delito, procurando apontar as razões teóricas da opção assumida no trabalho, demonstrando a existência das vantagens fundamentais na adoção da perspectiva *significativa* de estruturação do Direito penal.

No plano da teoria do delito, algumas proposições são certamente inovadoras no cenário dos livros de Direito Penal de parte geral existentes no mercado brasileiro, tais como a abordagem sobre o conceito de ação como expressão de sentido, o que resolve intrincados problemas de identificação da ação e da omissão; o reconhecimento da estrutura normativa do dolo e da imprudência, deslocando-os para o âmbito da ilicitude; a aproximação das circunstâncias justificantes e exculpantes relacionadas ao fato por meio da concepção de *permissões fortes e fracas* sugeridas por Vives Antón, com a consequente conversão do juízo de culpabilidade em uma fórmula de reprovação pessoal, promovendo um melhor ajuste entre o princípio e o conceito.

A integração da teoria da pena na teoria do delito é promovida por meio da integração da pretensão de punibilidade na própria afirmação da existência do crime.

Da estruturação resulta a sugestão – ainda de *lege ferenda* – de uma unificação para a teoria do erro, que é tratada de modo isolado e não fragmentado.

Assume-se, ademais, de forma enfática, a teoria do domínio do fato no concurso de pessoas.

No plano do fundamento da pena, ajusta-se sua função à do próprio sistema de imputação, a partir da ideia de controle social do intolerável.

Investiga-se, ainda, a aproximação de pena e medida de segurança.

Minha expectativa é que o leitor seja atraído, como eu mesmo fui quando deparei por primeira vez com os trabalhos de filosofia da linguagem aplicada ao Direito penal, por uma fórmula nova de pensar o Direito penal a partir de suas bases.

Finalmente, cumpre agradecer a todos aqueles que tornaram possível a

existência deste livro.

Primeiramente, como sempre, a minha família: Sandra, Victor e Guilherme, minha fonte permanente e inesgotável de inspiração.

Aos professores, alunos e amigos que, em contato com meus livros anteriores, sempre me animaram a prosseguir escrevendo um texto que, depois de anos, consegue finalmente se completar. São tantos que seria injusto nominar uns em detrimento de outros.

Aos amigos Fernando Antonio Carvalho Alves de Souza e Alaor Leite, que foram os catalisadores de minha aproximação com a Editora Atlas, e à editora Dra. Roberta Densa, que tão amavelmente me recebeu nesta nova casa.

Curitiba, 9 de março de 2013.

O Autor

PRÓLOGO

Francisco Muñoz Conde[1]

Desde já alguns anos se vem produzindo no Brasil um potente ressurgir do estudo teórico e dogmático do Direito penal. A via empreendida há anos por outros penalistas, como o professor e membro do Ministério Público, Juarez Tavares, quando traduziu para o português uma das primeiras edições do *Manual de Wessels* e introduziu no Brasil as mais recentes construções da dogmática penal alemã, além de seus trabalhos sobre o delito culposo e mais recentemente sobre o bem jurídico, a antijuricidade e a omissão, e suas longas estadias no Max Planck Institut de Freiburg e na Universidade de Frankfurt, foram seguidas por um grande número de outros mais jovens penalistas brasileiros que realizaram seus estudos de Mestrado e Doutorado principalmente na Alemanha, Portugal e Espanha. O resultado desse interesse por aprofundar-se no estudo teórico e dogmático do Direito penal foi, além do êxito acadêmico obtido nos Mestrados e Doutorados que cursaram, um bom número de publicações, artigos, monografias e obras gerais que refletem um excelente nível científico e intelectual e uma grande maturidade na elaboração do Direito penal brasileiro. A lista dos penalistas dessa jovem geração é muito ampla e é praticamente impossível oferecer uma relação exaustiva dos mesmos, na qual, de qualquer modo, sempre existiria o risco de omitir algum nome. Não obstante, todos conhecem o excelente trabalho que estão desempenhando na Alemanha, na Universidade de Munique, primeiro junto a Claus Roxin e logo com seu discípulo Bernd Schünemann Luís Greco, ou Antônio Martins, discípulo de Ulfried Neumann e atualmente assistente científico na Universidade de Frankfurt am Main. Outros regressaram a seu país depois de uma frutífera estadia em Universidades europeias, como Fabio D'Ávila, de Porto Alegre; Helena Lobo, de São Paulo; Luciana Monteiro, de Salvador; Jacso Zilio, de Curitiba etc., cujas teses doutorais e monografias foram publicadas também

na Espanha, Alemanha, Argentina etc.

Entre esses penalistas da nova geração se destaca, sem dúvidas, Paulo César Busato, Professor adjunto de Direito penal na Universidade Federal do Paraná, em Curitiba, e membro destacado do Ministério público em tal cidade, autor da obra que aqui se comenta.

Quando Paulo Busato veio a Sevilha a princípios da primeira década deste século, para realizar o curso doutoral sobre problemas fundamentais do Direito Penal e da Criminologia na Universidade Pablo de Olavide de Sevilha, vinha já com uma enorme bagagem de conhecimentos jurídico-penais e grande preparação intelectual, o que redundou em uma magnífica tesina, realizada sob minha orientação, sobre *O conceito significativo de ação*, que mereceu, além da máxima qualificação, sua publicação como monografia na editora Tirant Lo Blanch, de Valência. Também sob minha orientação realizou em pouco tempo sua tese doutoral sobre *A tentativa*, que igualmente mereceu a máxima qualificação e logo foi publicada. Já então mostrou, além de uma grande capacidade de trabalho, um grande interesse pelas questões teóricas e dogmáticas do Direito Penal, situando-as no plano mais profundo da especulação filosófica e principalmente da filosofia da linguagem, inspirando-se para isso sobretudo na obra que nesse sentido vinha já desenvolvendo desde algum tempo o Professor da Universidade de Valência e Vice-presidente do Tribunal Constitucional espanhol, Tomás Vives Antón. Depois do seu regresso ao Brasil e depois de outras estâncias em Portugal, Espanha, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, sua passagem ao cargo de Promotor de Justiça em Curitiba e a obtenção por concurso do cargo de Professor de Direito penal na Universidade Federal do Paraná em Curitiba, Busato seguiu publicando interessantes artigos e monografias, fundou uma Revista de Direito Penal (*Justiça e Sistema Criminal*), formou um grupo de pesquisas no qual se integraram mais de cinquenta alunos e pesquisadores que atualmente realizam seus trabalhos de mestrado e doutorado, e publicou em monografias importantes os primeiros esboços e partes deste Tratado completo da Parte Geral do Direito Penal que agora aparece publicado na editora Atlas, de São Paulo. Já no Prólogo, avisa sua intenção de expor o Direito penal desde o prisma da

Filosofia da linguagem, desenvolvendo um modelo que se pode qualificar como modelo "significativo", por referência à teoria da ação do mesmo nome, a partir das bases expostas em suas respectivas obras, por Tomás Vives e George Fletcher, ancorando-o nos princípios do Estado social e democrático de Direito. Não obstante, o leitor não deve temer uma visão excessivamente unilateral da problemática do Direito penal, pois por meio de toda a obra Busato se esforça por expor as outras opções teóricas existentes no panorama do Direito penal contemporâneo, analisando de forma exaustiva sua evolução, as vantagens e insuficiências de cada uma delas, para passar logo a expor seu próprio ponto de vista, sempre inovador e, portanto, em alguns temas incitando, também, à discussão.

Por certo, e como não podia ser de outro modo em uma obra com pretensões de exaustividade, também se abordam nesta Parte Geral os problemas tradicionais sobre o conceito, objeto e missões do Direito penal (Capítulo 1), os princípios limitadores, de legalidade, intervenção mínima e culpabilidade (Capítulo 2), os limites espaciais e pessoais da aplicação do Direito penal (Capítulo 3) e os diversos modelos interpretativos da norma penal (Capítulo 4), nos quais segue os parâmetros e princípios do Estado de Direito atualmente assumidos nos países democráticos, advertindo que mais do que um direito do Estado o *Ius puniendi* é um dever de proteção, exercido por coerção, entendendo que o "Estado não é um detentor de direitos, é mero gestor de direitos alheios (dos indivíduos)" (p. 19).

Onde, entretanto, realmente Busato expõe com maior originalidade e novidade sua própria concepção do Direito penal é a partir do Capítulo 5, no qual o modo de introdução à teoria do delito que segue nos capítulos seguintes explica os pressupostos estruturais desta, percebendo seu caráter instrumental e a necessidade de despojá-la da terminologia técnica com a qual geralmente se costuma expor nas construções tradicionais. Depois de passar em revista crítica às distintas versões que se desenvolveu na Dogmática penal alemã, e por sua influência na da maioria, por não dizer todos, dos países de língua hispana e, por certo, também em Portugal e no Brasil, durante todo o século XX, ou seja, ao modelo causal naturalista, ao neokantiano valorativo, ao finalista e ao funcionalista, em suas versões teológica e

sistêmica, passa a explicar o que ele chama “o modelo significativo de imputação” (p. 247 ss). Esse modelo, baseado fundamentalmente nos *Fundamentos de Direito penal* de Tomás Vives e em outras obras do mesmo autor, assim como na Filosofia da linguagem de Wittgenstein, parte do conceito de ação como expressão de sentido, o que permite incluir sob o mesmo tanto a ação em sentido estrito como a omissão, na medida em que esta possa pretender também relevância penal e, portanto, cumprir com as exigências da tipicidade, seja em sua forma de omissão própria ou de omissão imprópria (Capítulo 6). Essa proposta o leva ao reconhecimento do dolo e da imprudência como conceitos normativos nos quais se encontra uma pretensão subjetiva de ilicitude (Capítulo 7). Parece discutível, porém, que desde um ponto de vista puramente significativo possam ser estabelecidas diferenças entre dolo eventual e imprudência consciente, recorrendo, como faz Busato (p. 449 ss), à teoria de Martínez-Buján, que vê o componente volitivo característico do dolo normativamente como “compromisso do autor com a vulneração do bem jurídico”. A meu juízo, o significativo nessa matéria são, como já indicou Hassemer em um brilhante artigo publicado no *Festschrift* para Armin Kaufmann, os critérios que na vida ordinária se entendem como “indicadores” (natureza da arma empregada, relações prévias entre o autor e a vítima, ações concomitantes, possibilidade de evitação etc.) do dolo e não de uma mera imprudência, e não um vago “compromisso” do autor com a lesão do bem jurídico, a não ser que esse “compromisso” se valore desde o ponto de vista dos indicadores antes assinalados. E parece ser exatamente esses indicadores que traduzem, para Busato, o tal “compromisso”. Em geral, a atribuição do dolo, eventual ou direto, ou de determinadas intenções relevantes tipicamente (ânimo de apropriação ou de uso, caráter sexual de alguns toques no âmbito dos abusos sexuais), depende de uma série de valorações que, no contexto social, e, portanto, *significativamente*, se consideram como pretensões subjetivas qualificáveis como dolo ou como as intenções requeridas pela tipicidade respectiva. Como depois veremos, esses “indicadores” são utilizados por Busato, não só aqui, mas em um capítulo posterior (13) para delimitar o dolo na tentativa.

No âmbito da antijuricidade, que Busato chama pretensão de ofensividade

(Capítulo 7), adota a terminologia de Vives para distinguir as causas de justificação das de exculpação, entendendo que as primeiras são *permissões fortes* (principalmente o estado de necessidade, a legítima defesa, o cumprimento de um dever e o exercício de um direito), enquanto as segundas seriam *permissões fracas* e, portanto, com distintas consequências, incluindo principalmente nas mesmas a não exigibilidade de um comportamento distinto; considerando que tanto o consentimento como a colisão de deveres e o chamado estado de necessidade exculpante são causas supralegais de justificação, ou de exculpação. A meu juízo, ainda que não lhe falte razão ao incluir o estado de necessidade chamado exculpante nas proximidades das causas de justificação, como permissão fraca, a inexigibilidade de outro comportamento que lhe serve de base é um elemento mais próprio da exclusão da culpabilidade que da justificação, ou, em todo caso, como dizia Henkel, um princípio regulativo que pode ser utilizado como informador das causas de justificação e das causas de exculpação, como assim reconhece o próprio Busato, quando, como se vê mais adiante (p. 555-556), concebe a culpabilidade como "exigibilidade de ajuste ao direito", ainda que ali esteja tratando de um ajuste *pessoal*.

Dedica à culpabilidade o Capítulo 10, no qual depois de expor as diversas teorias e construções desse conceito, explica sua concepção como pretensão de reprovação. O que isso quer dizer? Para Busato, a culpabilidade é um juízo de valor meramente normativo: é culpável a pessoa a que se lhe pode exigir que atue conforme as normas. Para isso requer a verificação dos condicionamentos pessoais e sociológicos, como a capacidade motivacional e de compreensão da norma, que dão as bases empíricas da imputabilidade e da consciência da ilicitude (p. 557 ss), daí que se afaste deste plano a questão da exigibilidade. A respeito da constatação da (in)imputabilidade, a discussão é interessante sobre se os dados que lhe servem de base (sobretudo nas perturbações mentais) podem ou não constatar-se desde um ponto de vista puramente normativo sem levar em conta os conhecimentos empíricos que brindam a psiquiatria e a psicologia (sistema biopsicológico que acolhe o Código Penal brasileiro). Menos dúvidas surgem na constatação da consciência da ilicitude, que salvo os casos em que derive de alguma anomalia ou retardo mental, é uma

construção puramente normativa, que ademais se dá por suposto na maioria dos casos que vão aos Tribunais de Justiça (p. 569 ss; sobre o tratamento do erro de proibição veja-se *infra*).

Seguindo a estrutura tradicional da teoria do delito, Busato considera uma categoria necessária do mesmo o que chama "pretensão de punibilidade" (Capítulo 11), baseada na necessidade de pena. Nesse capítulo se ocupa das causas de exclusão da punibilidade, das excusas absolutórias e das causas de exclusão da persecução penal (anistia, indulto e prescrição), impondo inovadora visão que recorta boa parte da imputação.

Onde, porém, há um tratamento sistemático mais inovador dos elementos da teoria do delito é na teoria do erro, à qual dedica o Capítulo 12, expondo unitariamente as distintas classes de erro. Não cabe dúvida de que desde que se introduziu com a teoria da culpabilidade, mantida em sua versão estrita pelos partidários da teoria final da ação, a distinção entre erro de tipo e erro de proibição, com a distinta relevância que se atribui a cada um deles, os limites entre uma e outra classe de erro foram e seguem sendo discutidos e existem diversas opiniões a respeito de se, por exemplo, o erro sobre os elementos normativos do tipo ou os elementos contidos no tipo referidos à antijuricidade (quase todos os delitos econômicos e meio-ambientais e todos aqueles que contêm referências a normas de caráter extrapenal), ou sobre os pressupostos das causas de justificação, devem ser tratados como um caso de erro de tipo ou de proibição. A relevância de um ou outro tipo de erro é distinta, já que o erro de tipo vencível conduz, segundo a teoria estrita da culpabilidade, à imputação do delito como delito imprudente (se está prevista essa modalidade para o delito em questão), enquanto o erro de proibição vencível somente conduz (e não de maneira obrigatória na versão da teoria estrita da culpabilidade) a uma redução da pena do delito doloso. No fundo dessa distinção reside a velha distinção entre erro de fato e erro de direito, quando se lhe negava a este último nula ou escassa relevância para eximir ou atenuar a pena. A paulatina, ainda que escassa, relevância do erro de direito obrigou a uma distinção com o erro de fato, que se traduziu para o primeiro em uma atenuação potestativa da pena quando era vencível,

mantendo a conversão do erro de tipo em delito imprudente (quando este está apenado especialmente). Mas, apesar da aparente clareza dessa distinção dogmática, as dificuldades existentes para distinguir entre ambas as classes de erro levaram a dogmática penal alemã, ao longo do século XX, a desenvolver uma série de teorias como a do dolo, a do dolo restrita, a dos elementos negativos do tipo, a da culpabilidade estrita, a da culpabilidade limitada, ou a da culpabilidade orientada às consequências, para solucionar de um modo satisfatório os casos mais controvertidos. Essa disparidade doutrinária não só torna impossível uma teoria unitária do erro, senão que ao mesmo tempo revela bastante arbitrariedade nos critérios que se seguem para assinalar determinados casos de erro a uma ou outra categoria. Deve tratar-se a apreciação errônea do caso de uma causa de justificação, por exemplo a existência de uma agressão ilegítima na legítima defesa, como um erro de tipo ou como um erro de proibição? E o erro sobre a existência de uma obrigação tributária no delito fiscal é um erro de tipo ou um erro de proibição? No fundo dessa discussão reside, como já demonstrou Lothar Kuhlen há alguns anos em uma monografia dedicada especificamente a esse tema, a velha distinção entre o erro que exclui o dolo e o erro que não o exclui, mas que pode ser tido em conta para atenuar a pena. Ou, como também destaca na doutrina americana George Fletcher, o verdadeiramente importante é a distinção entre erros relevantes e erros irrelevantes, e não a situação sistemática de cada um deles. Cabe conceder, pois, total razão a Busato quando considera que, sem prejuízo de admitir a distinta relevância de uma ou outra classe de erro, é melhor e desde logo mais manejável tratar unitariamente todas as classes de erro relevante no juízo de imputação penal, e os elementos que lhes são comuns e fundamentam sua relevância. Assim, trata como um filtro interpretativo geral das hipóteses de erro a vencibilidade ou possibilidade de superação do erro, que ele chama “escusabilidade” (p. 647 ss), já que efetivamente esta é a razão pela qual o erro, seja de tipo ou de proibição, pode ter relevância penal. A “escusabilidade” está vinculada ao razoável, ou seja, a processos de comunicação. Nesse sentido, a doutrina do *Common Law* adota desde há muito tempo o critério do “razoável”, que é certamente um critério amplo, mas que, como já percebeu Fletcher em uma conhecida monografia sobre o

tema, traduzida por mim e por Busato faz já alguns anos, admite diversos níveis de amplitude em função das circunstâncias concorrentes no sujeito que atua. Esse critério, assinala Fletcher nessa monografia, é muito mais flexível que o do "justo" que se maneja na doutrina continental europeia. Mas de um modo ou outro, excusável, razoável ou vencível são critérios válidos para determinar quando o erro é plenamente relevante ou, ao menos, tem alguma relevância na imputação da responsabilidade penal. Naturalmente, os níveis de relevância dependem das circunstâncias em que atua o sujeito, de sua capacidade intelectual, de seus especiais conhecimentos, do dever que tem, em uns casos mais que em outros, de informar-se das circunstâncias fáticas ou jurídicas que rodeiam sua atuação e afastar as dúvidas que tenha a respeito. Em todo caso, como destaca Busato, a relevância depende do significado que se lhe atribua no processo de comunicação com os demais. Sobre essas premissas, expõe Busato três classes de erros relevantes, mas com distintas consequências jurídicas: o erro de tipo, o erro de proibição e o erro sobre as eximentes ou, como ele as chama, permissões, que dão lugar às chamadas eximentes putativas, distinguindo nesse caso, segundo a regulação que para as mesmas oferecem os arts. 20, § 1°, e 21 do Código Penal brasileiro, entre o erro sobre os pressupostos fáticos (tratamento como imprudência) e o erro sobre a existência da isenção (tratado como erro de proibição), e isso, na opinião de Busato, tanto se trata de permissões fortes como de permissões fracas.

Não posso estender-me agora em outras questões relacionadas com o tratamento do erro, mas creio que com o exposto é possível ter uma ideia sobre as muitas novidades que a obra de Busato aporta à construção de uma teoria do delito, que vista desde o ponto de vista da ação significativa pode ainda gerar muitas possibilidades interpretativas que tinham passado desapercebidas ou sem uma exata fundamentação pelas construções dogmáticas tradicionais.

Outros sugestivos critérios interpretativos oferece Busato no tratamento da tentativa e sobretudo na fundamentação da punibilidade da tentativa desde o ponto de vista significativo: este foi o tema de sua tese doutoral orientada por mim e, como já digo no Prólogo à publicação da mesma como monografia (*La tentativa del delito,*

análisis a partir del concepto significativo de acción, Curitiba: Juruá, 2011), a solução ao problema do começo e da idoneidade da tentativa, que tantos rios de tinta e polêmicas doutrinárias provocou ao longo da história da dogmática penal, não pode vir de pretendidas leis naturais baseadas em dados ontológicos como a finalidade ou a probabilidade mais ou menos alta de produção de um determinado resultado, mas sim de um determinado contexto no qual o uso social, as próprias normas jurídicas e, definitivamente, a intercomunicação pessoal dão sentido ao que ontologicamente, por si mesmo, como leis naturais, carece de significado. Para Busato é, pois, o contexto no qual se dá a ação e a interpretação da mesma como um ato comunicativo o único que pode nos ajudar a resolver os problemas que desde há séculos preocupam a dogmática penal da tentativa.

Creio que para entender melhor a importância da tese de Busato é muito revelador o exemplo por ele mesmo oferecido, com referência ao atentado contra as Torres Gêmeas de Nova York em 11 de setembro de 2001. O que antes se podia entender como um sequestro de avião com o qual os sequestradores pretendiam conseguir alguma reivindicação em troca de liberar os reféns (algo muito frequente nos anos 1970 e 1980), hoje em dia se valoraria provavelmente como o início de um iminente atentado terrorista ante o qual quiçá se reagiria de uma maneira diferente (derrubando, por exemplo, o avião antes que seja lançado contra um objetivo. O que desde logo supõe uma problemática jurídica bastante diferente).

Igualmente em outro contexto, a concepção significativa da ação mantida por Busato é o que permite distinguir determinada ação consistente no toque de órgãos genitais como um ato de exploração médica ou como um ato constitutivo de um abuso sexual, ou, inclusive, de uma agressão sexual, dependendo de determinados indicadores concomitantes que, em um determinado contexto, permitem considerá-lo de uma ou outra forma. O mesmo toque realizado por um ginecologista ou um urologista em um ato característico dessas especialidades médicas pode interpretar-se em outro contexto, inclusive médico (pense-se, por exemplo, no mesmo ato realizado por um dentista), como um ato de abuso sexual. Mas inclusive em tais especialidades médicas o ato realizado sem se atentar às regras básicas de tal profissão, como não

calçar luvas de látex, fazer toques desnecessários em zonas erógenas etc., pode também ser interpretado como um ato de abuso sexual. Definitivamente, não é a intenção, inescrutável para o observador externo (o paciente que considera que foi vítima de um abuso, ou logo o juiz que tem que julgá-lo) o que determina o caráter delitivo ou não do fato em questão, mas o significado que, de acordo com determinadas regras e usos sociais ou profissionais, pode atribuir-se à conduta. Isso também incide na valoração das provas por parte do Juiz, que, com base nas regras e usos sociais, determinará se o ato que objetivamente é ambíguo foi ou não um ato de abuso sexual ou uma simples exploração médica rotineira.

Em geral, como já dizia em meu comentário à tese de Busato, em relação à diferença entre dolo eventual e imprudência consciente, o mesmo pode ser dito com a constatação de todos os elementos subjetivos do delito, e, portanto, do elemento subjetivo da tentativa, caracterizado como a intenção de conseguir um determinado resultado consumativo de um delito. Apertar o gatilho de uma pistola descarregada pode ser um ato irrelevante, ou uma piada; mas fazê-lo sabendo que está carregada adquire relevância social e, por certo, jurídica. Do mesmo modo que a tem, também, dizer a uma pessoa que viaje em um avião, quando se sabe que alguém colocou uma bomba para explodir durante o voo, e carece de relevância fazer o mesmo simplesmente como conselho para que se chegue rápido a um determinado lugar, ainda que o avião efetivamente caia e o sujeito tivesse o pressentimento ou o desejo de que assim fosse. E igualmente, a diferença entre tentativa inidônea punível e a que deve permanecer impune, por tratar-se de uma tentativa irreal como querer matar alguém mediante conjuros, espetando alfinetes em um boneco de barro etc., depende de uma interpretação da conduta como significado, que segundo as regras e usos pode estimar-se como suficientemente perigosa *ex ante*, desde o ponto de vista do sujeito que atua e tendo em conta seus conhecimentos pessoais (se, por exemplo, sabia que disparava contra uma pessoa, mas não sabia que a pistola estava descarregada).

De todas essas questões e de outros muitos temas em relação ao concurso de pessoas (autoria e participação, Capítulo 14), ocupa-se detidamente Busato em sua Parte Geral, expondo não só seu pessoal ponto de vista, mas também de forma

objetiva e quase exaustiva o estado da discussão doutrinária em torno dos mesmos. Assim, por exemplo, passa em revista as distintas formas de autoria, aceitando a autoria imediata no caso do domínio dos aparatos de poder e a coautoria como domínio funcional do fato, ainda que um dos coautores não participe diretamente na execução do delito, mas só em sua planificação. Também distingue entre autoria e participação sobre a base da teoria do domínio do fato, apesar de que o Código Penal brasileiro contém uma regulamentação mais próxima da teoria unitária que a uma diferenciadora, que, como adverte Busato (p. 704), pode levar em alguns casos a impor penas mais elevadas ao partícipe (indutor ou cúmplice) que ao autor, o que evidentemente se compadece mal com o significado que deve atribuir-se às suas distintas contribuições (evidentemente, dar uma arma é significativamente menos grave que matar diretamente com ela).

Os capítulos seguintes (15 a 21) consagra às consequências jurídicas do delito, começando por uma ampla exposição das teorias da pena, considerando a pena como um “meio de manutenção de controle social do intolerável, através da proteção seletiva de bens jurídicos”, e não como mera retribuição ou prevenção, geral ou especial, do delito (p. 806 e ss). Os capítulos restantes se dedicam principalmente à exposição do sistema de penas vigente no Direito penal brasileiro (Capítulo 16), das medidas de segurança (Capítulo 17), da individualização ou determinação da pena (Capítulo 18), dos substitutivos penais (Capítulo 20) e, como fecho, da ação penal e das consequências jurídicas da condenação, que são objeto de regulamentação no Código Penal brasileiro.

Evidentemente, neste comentário não posso estender-me muito mais em ressaltar as muitas e importantes novidades que se encontram na obra de Busato. Para terminar, queria apenas destacar que, além das importantes contribuições e sugestões que estão contidas para a compreensão dos problemas fundamentais da Parte Geral do Direito penal, este livro constitui uma completa exposição do estado do Direito penal tanto brasileiro quanto comparado, utilizando para isso uma exaustiva bibliografia com as contribuições mais recentes da dogmática alemã, espanhola e, por certo, brasileira, que, como esta obra demonstra, chegou a alcançar nos últimos anos um nível de

maturidade, sofisticação e elaboração intelectual verdadeiramente louvável.

Sevilha, dezembro de 2013.

---

[1] O Professor Dr. Francisco Muñoz Conde é catedrático de Direito penal da Universidad Pablo de Olavide, reconhecido como um dos penalistas mais influentes do mundo, detentor do prêmio Humbolt de mérito em pesquisa jurídica.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 3 – LIMITAÇÕES DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

DIREITO PENAL. A NORMA PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO

CAPÍTULO 5 – PRESSUPOSTOS ESTRUTURAIS DA TEORIA DO DELI

AS PRETENSÕES DE VALIDADE DA NORMA PENAL

CAPÍTULO 6 – A DIMENSÃO FORMAL DA PRETENSÃO DE RELEVÂN – (TIPO DE AÇÃO) OU PRETENSÃO CONCEITUAL DE RELEVÂNCIA

CAPÍTULO 8 – A PRETENSÃO SUBJETIVA DE ILICITUDE – O DOLO IM-PRUDÊNCIA

CAPÍTULO 9 – A PRETENSÃO OBJETIVA DE ILICITUDE – INSTÂNC NORMATIVAS PERMISSIVAS

CAPÍTULO 10 – A PRETENSÃO DE REPROVAÇÃO – CULPABILIDADE

CAPÍTULO 11 – A NECESSIDADE DE PENA – PRETENSÃO PUNIBILIDADE

CAPÍTULO 12 – A TEORIA DO ERRO

CAPÍTULO 13 – TENTATIVA DE DELITO

CAPÍTULO 14 – OS SUJEITOS DO DELITO – AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

CAPÍTULO 15 – FUNDAMENTOS DISCURSIVOS DO CASTIGO

CAPÍTULO 16 – AS MODALIDADES DE PENA NO DIREITO BRASILEIRO

CAPÍTULO 17 – AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

CAPÍTULO 19 – O CONCURSO DE CRIMES

CAPÍTULO 20 – DA DETERMINAÇÃO DO REGIME INICIAL CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE S SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E/OU MULTA

CAPÍTULO 21 – OS SUBSTITUTIVOS PENAIS

CAPÍTULO 22 – AÇÃO PENAL E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS CONDE-NAÇÃO

<\/head>

<\/a>Capítulo 1<\/i><\/h1>

DIRECTO PENAL – NATUREZA E CONTEÚDO<\/b><\/h1>

1<\/span> O QUE É O DIREITO PENAL<\/b><\/h2> O primeiro passo de qualquer estudo é a delimitação de seu objeto. Assim, no presente capítulo pretende-se oferecer algumas noções sobre o Direito penal de modo a evidenciar aspectos considerados relevantes para a sua compreensão.<\/p>

1.1<\/span> Conceito de Direito penal<\/b><\/h3>

radicionalmente se conceitua o Direito penal como um ***conjunto de normas<\/i> ecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados socialmente graves leráveis e que ameaça com reações repressivas como as penas ou as medidas de ıça.*** *1<\/sup><\/a> Essa noção, em um primeiro momento, traduz garantias de liberdade, ao reconhecer o princípio de legalidade a que se ɔmetido o Direito penal (exigência de lei) e ao separar do Direito a influência da moral e da religião.2<\/sup><\/a><\/p>*

ʼas o que se oferece com essa primeira concepção é tão só a possibilidade de uma ıção quanto ao aspecto formal do tema. Por trás dele surgem problemas: o de que comportamentos devem receber graves castigos; o de onde reside a idade para decidir o que são boas ou más condutas; o de como convir a respeito nto e de como se deve reprimir tais condutas; *3<\/sup><\/a> e finalmente o de observar os benefícios obtidos ɾole social pelo emprego do instrumental penal e a partir deles estabelecer sua conformidade ou crítica. As dúvidas, logicamente, estão todas essas etapas.<\/p>*

/a>Conquanto seja desejável um futuro em que o Direito penal não mais figure ıstrumento de controle social necessário, *4<\/sup><\/a> essa situação encontra-se ainda no campo das utopias. do, é igualmente certo que não se pode pretender a promoção de mudanças sociais a golpes de Direito penal. Com isso, identifica-se, ao ıe não se subscreve, o extremismo de duas posturas ideológicas a respeito do Direito penal: o conhecido discurso abolicionista – de que o ıl deve ser afastado simplesmente, posto que é fonte de desigualdade – e o discurso de lei e ordem – segundo o qual só um Direito penal*

é capaz de dar a almejada segurança à sociedade.<\/p>

ntretanto, é forçoso destacar a utilidade das duas posturas: somente conhecendo emos é possível saber precisamente onde está o meio e nele, a virtude.[5]<\/sup><\/a><\/p>

ideologização do Direito penal parece ser a marca de sua perda de cidade.[6]<\/sup><\/a> Conquanto seja sabido que o Direito penal é certamente a parte mais política do Direito e, portanto, seja exigível a e uma consciência política a seu respeito e a respeito de suas consequências, uma eventual subordinação ideológica completa, como tar as duas posturas criticadas, põe a perder por completo o interesse de estudo a respeito do objeto do Direito penal, eis que fere de morte a que este obedeça a alguma lógica.<\/p>

Direito penal atua como o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado evar a cabo o controle social. É necessário reconhecer que sua intervenção ui, por si só, uma violência. Com efeito, o ato de impor uma pena sempre irá em uma forma de agredir, independentemente dos objetivos que sejam dos com essa agressão (prevenção, retribuição etc.), ao final, a intervenção penal re um mal. Contudo, trata-se de uma violência institucionalizada, organizada, izada e socialmente aceita. Isso deriva do fato de que o Direito penal é um smo de controle social<\/i>. A referida gravidade cobra que miremos as stações do Direito penal com redobrados cuidados e reservas. Os limites resultam írios.<\/p>

á necessidade de reagir empregando o castigo,[7]<\/sup><\/a> se é que queremos sobreviver como grupo na ordem social. O caos e a própria destruição do sistema seriam as consequências inevitáveis de não recorrer a essa medida. Num sentido o Direito penal assim observado se traduz em um mecanismo de preservação da ordem social<\/i>.<\/p>

emprego desse recurso deve dar-se somente e na exata medida da urgente dade de preservação da sociedade. Resumidamente, o Direito penal ocupa um de controle <\/a>social de emergência<\/i>, a ser usado em situações de abilidade pelo grupo social, na forma de último recurso, de ultima ratio<\/i>. É entido, inclusive, que ele desempenha o seu papel na construção de um Direito ltural, capaz de corresponder às aspirações de um mundo globalizado.[8]<\/sup><\/a><\/p>

papel legitimador que corresponde ao Estado é o de preservar essa ordem social, tanto, no caso da criminalidade, ou seja, em último caso, empregar o instrumento mais forte de que dispõe, que é a pena ou a medida de segurança. Convém r, contudo, que o Estado não é absolutamente livre para fazer uso desse poder de r através do emprego da lei. Sua tarefa legislativa (criminalização primária), e de

ão da legislação (criminalização secundária), encontram-se limitadas por uma e balizas normativas formadas por postulados, princípios e regras, tais como a ıde, a necessidade, a imputação subjetiva, a culpabilidade, a humanidade, a ıção mínima, e todos os demais direitos e garantias fundamentais como a ıde da pessoa humana e a necessidade de castigo.<\/p>

orém, o grau de obediência a esses limites, impostos à atuação punitiva do Estado, e sustentar ou criticar a legitimação do sistema. Como exemplo de insatisfação, é l mencionar a questão de por que a lei penal não se aplica a todos por igual.[9]<\/sup>

Direito penal é um instrumento jurídico utilizado pelos detentores do poder de ntação da sociedade nas instituições e que se aplica seletivamente, de modo ncial àqueles que os contrariam. De outro lado, é também certo que a ıição dos aparatos de poder sociais sofre, de modo completo, essa influência. Ou odo o instrumental de regulamentação social encontra-se submetido às ıcias do poder. Com o Direito penal não poderia ser diferente.<\/p>

utrossim, igualmente é sabido que o Direito penal é um instrumental de manejo ência – consistente justamente na compressão da liberdade – e essa violência e uma contraposição de mútua exclusão para com o poder.[10]<\/sup><\/a> *A manifestação de poder posição à qual adere o submetido. A violência, por seu turno, ocupa justamente o espaço aberto pela ausência de poder. São contrapostos ares. A mera imposição da força, por exemplo, pelo aparato policial, não garante, a longo prazo, uma obediência à lei que se pretende tivação de qualquer sistema jurídico estará sempre condicionada a um consenso dos cidadãos. Assim, é possível dizer que o Direito penal cio de violência é justamente a contraposição complementar do Direito penal como exercício de poder. Ou seja, somente se reconhece como do Direito penal aquela fórmula de poder que não se converte em violência.<\/p>*

ortanto, somente está legitimado o emprego de penas que servem à efetiva ação da convivência social; que respeitam a dignidade da pessoa humana; que licadas atendendo a critérios de igualdade; que resultam proporcionais à ıde das agressões; que são estabelecidas atendendo a critérios de merecimento, cionalidade etc. Essas <\/a>questões constituem justamente o pano de fundo sobre se desenvolve a aplicação do Direito penal, e que devem vir à tona em contraste resultados práticos que resultam de seu emprego; sobretudo no caso latino-ano, onde convém aprofundar a análise sobre a manipulação do Direito penal em atentados contra os Direitos humanos, praticados com a única finalidade de

'alizar as aflições à dignidade da pessoa humana e à liberdade.<\/p>

ɔan> Objeto do Direito penal<\/b><\/h3>

oncebido o Direito penal na forma ampla conforme proposto, o seu objeto é muito do que simplesmente a norma penal, implicando todas as relações sociais, ɪs e culturais – inclusive as normas – relacionadas à reação humana ao fenômeno ɪe. Daí incluir a necessidade de constante interação com outros pontos de vista es ao mesmo objeto, como a política criminal e a criminologia, e mesmo a ente interação com a teoria política, a filosofia, a sociologia e a antropologia.

ɔan> Objetivos ou missões do Direito penal<\/b><\/h3>

partir dos estudos criminológicos não se pode deixar de reconhecer a existência 'tivos ou missões (propósitos, o que deve almejar) e funções (o que efetivamente ı, independentemente de ser ou não a pretensão) do Direito penal.11<\/sup><\/a><\/p>

doutrina já tratou muito do tema das missões<\/i>12<\/sup><\/a> que deve cumprir o Direito penal, ıante a opinião que as relaciona com a defesa de bens jurídicos.13<\/sup><\/a><\/p>

ɔr outro lado, é também já assente que o mero funcionamento do sistema penal, ne descoberto pela Criminologia Crítica, é proclive à manutenção do Sistema ɛscalonado vigente,14<\/sup><\/a> gerando esse resultado como consequência necessária de sua mera existência. O exacerbo mais ideologizada da Criminologia defende que essa função que necessariamente cumpre o Direito penal é sua única razão de existir, , como consequência, aos postulados abolicionistas.<\/p>

ssa postura é acertadamente considerada por Jescheck como completamente ' de fundamento em uma sociedade regida por um Estado de Direito, já que a ɜsulta ser a única forma de proteção da paz jurídica em liberdade.15<\/sup><\/a><\/p>

/a>O equilíbrio – aqui subscrito – parece figurar na postura de Muñoz 16<\/sup><\/a> que reconhece que o Direito penal cuida de casos violentos e que violenta também é a solução que este oferece para tais ı, "não é possível deformar ideologicamente os fatos e confundi--los com nossos mais ou menos bons ou bem-intencionados desejos. A tá aí, à vista de todos e praticada por todos: pelos que delinquem e pelos que definem e sancionam a delinquência, pelo indivíduo e pelo s pobres e pelos ricos".<\/p>

ssim, é imperioso manter algum núcleo de Direito penal como mecanismo de e social que, por sua vez, deve também ser controlado, limitado, institucionalizado ɜido à sua mínima nocividade de modo a sempre permitir, em um cenário de ia, a opção pela sua forma menos aflitiva.<\/p>

conveniente que a análise dos objetivos do Direito penal parta da assunção da
criminológica, ou seja, de reconhecer que o emprego do Direito penal promove
ıtização e seletivização. Posto isso como dado incontestável, é possível fixar-se em
ʳ as missões que competem ao Direito penal.<\/p>
/span> A crítica criminológica<\/i><\/h4>
Criminologia crítica pôs em evidência algumas das funções do Direito penal.

s teorias do conflito, o pensamento marxista, os processos de criminalização e o
ıg approach<\/i> revelam de modo bastante claro que o sistema de Direito penal
ʋe a manutenção de uma estrutura de poder social estável.<\/p>
ıra a tese do labelling approach,<\/i> não há conduta delitiva per se<\/i>, por sua
'ade social, e sim uma mera escolha do que deve ser considerado criminoso.
ta-se que as condutas são neutras, mas através dos mecanismos de criminalização
olhidas aquelas que serão consideradas criminosas, determinando-se, no âmbito
'ivo, a repressão legal a essas condutas, enquanto que as instâncias judiciais se
ɡgam de escolher, nas camadas mais humildes da população, as pessoas que
ser estigmatizadas com o rótulo de criminosas.[17]<\/sup><\/a><\/p>
s críticas a essa posição se centram no fato de que o Direito penal não tem força
ıte para permitir a manutenção de todo um Sistema social vigente, ou seja, que se
ılora, dentro dessa perspectiva, a influência social do Direito penal.<\/p>
crítica é procedente, mas não invalida o pressuposto de que há uma escolha
nada dos mecanismos de incriminação, seja na atividade primária de eleição das
ıs a serem <\/a>incriminadas, seja na atividade secundária de identificação em
'o dos destinatários das sanções penais pelo juiz.<\/p>
modo de verificação basta constatar as características socioeconômicas das
ções carcerárias dos países da América Latina, onde é fácil comprovar que mais
ó dela pertence às camadas sociais mais deprimidas econômica e socialmente.
temente, não incumbe ao Direito penal a tarefa de modificação das estruturas de
mas é absolutamente desejável que ele não constitua um obstáculo à consecução
'eais iluministas, funcionando como ferramenta para cavar ainda mais

damente o vale que separa as distintas camadas da população, que no Brasil, já é
'e profundo.<\/p>

ntretanto, a proposição que tem surgido, especialmente à raiz das propostas de
l,18<\/sup><\/a> no sentido de que a necessária compensação desse desequilíbrio viria através do direcionamento preferencial – quando
o – do aparato persecutório penal à população socialmente incluída, como mecanismo revolucionário de utilização do aparato penal, soa
desproposidado, lembrando um pouco a sátira orwelliana<\/i>.19<\/sup><\/a> É forçoso concordar com García-Pablos de Molina20<\/sup>
lo ele diz que é "má política a que dinamiza a mudança social a golpe de Código Penal". Qualquer mudança social. O Direito penal não
rado em instância modificadora de nada. Ele deve ser convertido em instrumento mínimo de contenção. O processo de alteração social não
pela via do Direito penal, este deve ser mero reflexo de uma distribuição do controle social justo.<\/p>

esulta importante, ainda assim, considerar vários postulados da crítica
ológica para observar os propósitos de utilidade que muitas vezes oculta o Direito
:\/p>

or exemplo, resulta incontestável a partir da experiência empírica a evidência de
istema penal é estigmatizante21<\/sup><\/a> e a conclusão pela existência de uma desigualdade social que produz
ares e, por isso, injustas, no seio do aparato judicial.<\/p>

ombinada essa conclusão com a inexorabilidade de convívio com alguma
ra de controle social penal, resulta na conclusão de que só com um Direito penal
ima intervenção é possível minimizar os efeitos da divisão de poder em todos os
s.<\/p>

ıffaroni22<\/sup><\/a> faz referência ao fato de que o contexto latino-americano tem um argumento de reforço para pugnar por um
al mínimo, que é o nosso direito ao desenvolvimento.<\/a> Somente mediante um Direito penal de
ı intervenção é possível minimizar os efeitos da divisão de poder em todos os
s.<\/p>

ma aproximação a um Direito penal mais justo reside na aproximação entre o
gualdade<\/i> em sentido material e a preservação de um ideal de liberdade<\/i>
bito de convivência. Efetivamente, os dois pressupostos são interdependentes. A
ensão e o trato efetivamente igualitário é a única possibilidade de manter-se a
de: somente pode ser livre quem é igual; e a preservação da igualdade não
le gerar outra coisa que a liberdade. Ao mesmo tempo, esses postulados se
n em contraposição em seus extremos, ou seja, a preservação de uma igualdade
'a tolhe completamente a liberdade e a pressuposição de uma liberdade absoluta
mpossível a formação de uma base igualitária. Portanto, outra vez o equilíbrio

s duas propostas centrais do Iluminismo resulta a melhor fórmula.<\/p>

justamente a manutenção de um equilíbrio entre igualdade e liberdade que se ao Direito penal como filtro necessário de suas missões. Assim, não há nenhum ıento de princípios tradicionais em face do necessário progresso humanitário. ɔntrário, entende-se que o progresso humanitário se encontra exatamente na realização do ideal democrático.<\/p>

ssim, o estabelecimento das missões do Direito penal passa pelo reconhecimento desvios objetivos e uma correta orientação de suas missões segundo a perspectiva ais democráticos.<\/p>

ʼspan> As dicotomias entre as vertentes principais a respeito do tema<\/i><\/h4>

ıstentaram-se diferentes posições quanto a qual é a missão que o Direito penal ımprir. A opinião majoritária considera que a missão do Direito penal é a de ːr bens jurídicos de possíveis lesões ou perigos.23<\/sup><\/a> Tais bens jurídicos devem ser aqueles que segurar as condições de existência da sociedade, a fim de garantir os aspectos principais e indispensáveis da vida em comunidade.24<\/sup> traposição a esse entendimento vem refletida pela ideia geral de que em maior ou menor medida, a missão do Direito penal deve ser a de destinatários da norma à obediência aos seus comandos.<\/p>

laramente, as duas tendências não são mais do que expressões pontuais dos s ancestrais de discussão entre a dimensão formal e a dimensão material do e dos modelos <\/a>imanente ou transcendente do bem jurídico, que pouco a evoluíram para orientações das teorias de base que lhes deram sustentáculo. A e que o Direito penal serve à proteção seletiva de bens jurídicos deriva claramente cepção de crime como vilipêndio de bens concretos, de objetos transcendentes ao direito que estão associados a um conceito material de delito. Por sua vez, o que identifica a missão do Direito penal como promoção da estabilização iva outra coisa não representa, nas mais das vezes, que a concepção de delito ente formal, associada à compreensão do bem jurídico como imanente à própria <\/p>

<\/span> A missão de reforço dos valores ético-sociais da atitude interna<\/h5>

ʼelzel, procurando equilibrar essas duas tendências, já presentes no seu tempo, u ao Direito penal uma dupla missão: sem negar a missão de proteção de bens ɔs acrescenta a missão de proteção dos valores elementares da consciência, de

ético-social<\/i>.25<\/sup><\/a> Para Welzel a proteção de bens jurídicos é algo que se obtém como consequência necessária amento e orientação das pessoas à observância dos valores consagrados juridicamente expressos na norma, estes sim, dotados de /sup><\/a> Importa referir que na mesma época em que apareceram as concepções de Welzel sobre a missão do Direito Penal a o do delito como “atitude do sujeito ante os valores comunitários” era uma ideia muito cara ao modelo político nacional- '<\/sup><\/a><\/p>

ideia de garantir a inviolabilidade das normas elementares que compõem um) ético social, preconizada por Welzel,28<\/sup><\/a> seguida por Cerezo Mir,29<\/sup><\/a> ı30<\/sup><\/a> e Jescheck,31<\/sup><\/a> para citar alguns, centra-se na ideia de que incumbe ao Direito penal influenciar a cidadã para orientá-la, pedagogicamente, à proteção dos bens jurídicos essenciais.<\/p>

/a>A reflexão que se impõe, a partir dessa postura, é a seguinte: o exercício de e social do intolerável, que deve ser cumprido pelo direito penal, depende mesmo ização de uma pretensão de interferência na atitude interna das pessoas? Isso é ? É demonstrável?<\/p>

resposta a todas as perguntas parece ser um retumbante não!<\/p>

direito não deve ocupar-se de exercer um controle moral. Em primeiro lugar, ele é incerto e não alcançável, em segundo lugar, porque ele se converteria em e, em terceiro lugar, porque o interesse coletivo é de que não se produzam s aos direitos de todos e não de que todos tenham idênticas e controladas ncias.<\/p>

verdade que Welzel, segundo bem alerta Muñoz Conde,32<\/sup><\/a> fala que tal orientação aos ıimos indispensáveis ético-sociais é promovida através da proteção de bens jurídicos. No entanto, não é possível negar as flagrantes xistentes entre o objetivo de controlar a atitude interna das pessoas e o objetivo de proteger bens jurídicos. São coisas obviamente diferentes. erente a pretensão de proteger os bens jurídicos fundamentais, simplesmente através da punição das lesões ou perigo de lesões, e a intenção s consciências e gerar tais convicções nas pessoas. A pretensão de direcionar os pensamentos constitui cerco abominável à liberdade de /p>

lém disso, derivariam consequências extremamente negativas para a teoria do ıá que sobrevalorizaria a possibilidade de punir meras intenções.<\/p>

escheck tenta matizar a ideia de pôr em segundo plano a proteção de bens)s, pois uma desvalorização exclusiva da consciência ético-social contrária ao não poderia justificar penas diferentes para a tentativa e o delito consumado, já ı ambos os casos, a consciência do sujeito é voltada à ofensa ao bem jurídico. propõe que a missão do Direito penal é a proteção da convivência das pessoas em ıde, e identifica a preservação dessa convivência com a existência de normas de e que são asseguradas pelo sistema jurídico, dentro do qual o sistema jurídico

exerce uma força configuradora de costumes<\/i>, que acaba gerando, como
a proteção de bens jurídicos de todas as pessoas.[33]<\/sup><\/a><\/p>

assemer,[34]<\/sup><\/a> reinterpretando Welzel, sustenta que, na verdade, a sua pretensão é deixar evidenciada a primazia do
ial de orientação comunitária dirigida à proteção do interesse de todos sobre todos os bens jurídicos sobre o interesse individual de proteger
co de cada pessoa determinada.<\/p>

e qualquer modo, mesmo diante das justificativas apresentadas por Hassemer e
ck, parece demasiado ingênuo e ao mesmo tempo excessivo pretender atribuir ao
penal uma tarefa pedagógica, já que essa função compete a outras esferas do
e social, como a família, a escola, o âmbito religioso, clubístico, político etc. Não
razoável utilizar a ameaça de pena para a formação de consciências, já que
é possível utilizar, para esses mesmos fins, mecanismos menos agressivos contra
íduo. A adoção dessa perspectiva claramente rompe com a ideia de recorrer ao
penal apenas como última ratio<\/i>.<\/p>

<\/span> A missão de confirmação do reconhecimento normativo<\/h5><\/a>

professor Günther Jakobs[35]<\/sup><\/a> é quem modernamente representa uma tendência a defender uma ideia de que
pena estatal – e, por consequência, do Direito penal – é a prevenção geral positiva, confirmando o reconhecimento normativo. Isso
sicamente, defender que tanto o instrumento (pena) quanto a organização jurídica (direito penal) têm por função buscar a estabilidade do
nto social a respeito da validade da norma que é violada pelo ato criminoso. Jakobs parte do reconhecimento da não fidelidade ao
demonstrada por cada autor de delito, para concluir que o Direito penal serve para confirmar o reconhecimento normativo e preservar a
eral da população na vigência da norma atacada pelo autor do delito com a prática criminosa.<\/p>

esde uma perspectiva sistêmica, diz Jakobs que "não pode se considerar missão da
vitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é, na verdade, reafirmar a vigência da
devendo equiparar-se, a tal efeito, vigência e reconhecimento".[36]<\/sup><\/a><\/p>

opção pela confirmação normativa tampouco parece satisfatória. Não se nega
plicação da regra penal contra aquele que pratica delitos faz estabilizar a norma,
plica no reconhecimento de sua validade, mas esse é um efeito secundário
ido pela aplicação da norma e não pode ser a sua razão de existir. Uma proposta
ssa converte a norma no verdadeiro eixo gravitacional do Direito penal.[37]<\/sup><\/a>
homem, destinatário da norma, para uma posição periférica no sistema de imputação. Ocorre que o centro do Direito penal deve ser
indivíduo e não a norma, como pretende Jakobs.<\/p>

proposta de Jakobs é identificar a missão do Direito penal na busca da
dade normativa através da confirmação de vigência da norma atacada pelo
tamento desviado, que se faz com a aplicação de pena.[38]<\/sup><\/a> Para ele a infração normativa
autorização da norma. Esta desautorização dá lugar a um conflito social na medida em que se questiona a norma como modelo de

39<\/sup><\/a><\/p>

ara entender a proposta de Jakobs basta a utilização de exemplos. No homicídio, ito em um Direito penal que tem como missão a defesa de bens jurídicos se e <\/a>o bem jurídico vida, em um Direito penal que busca a estabilidade da o objetivo é confirmar a validade da regra que proíbe matar. No furto, enquanto ı Direito penal voltado à proteção dos bens jurídicos castiga em função da lesão n jurídico patrimônio, um Direito penal voltado à estabilização da norma ente se justifica pela necessidade de confirmação da validade da norma que proíbe ação de coisa alheia móvel.<\/p>

*esses dois exemplos, fica claro que a perspectiva adotada por Jakobs implica e igualar o desvalor de todas as formas de delito, sublimando a questão rativa que a valoração dos bens jurídicos permite. Com isto, resulta praticamente ível a sustentação do postulado de proporcionalidade.*40<\/sup><\/a><\/p>

*lém disso, há outra crítica que frequentemente se lança contra a tese do professor . É que se o objetivo central do Direito penal é estabilizar a vigência da norma, ıdentemente da valoração do seu conteúdo, mesmo as normas mais nocráticas merecem igual sustentação. Certamente, adotada essa perspectiva, é l justificar a atuação de qualquer tipo de sistema estatal. Sustenta Hassemer que ılmente não é isto o que pretende esta teoria como tampouco o pretende nenhuma rias preventivas atualmente existentes em nosso âmbito cultural; mas, de certo este é um perigo ao que estão expostas quando fundamentam as normas penais confirmação do reconhecimento normativo".*41<\/sup><\/a><\/p>

3<\/span> A missão de defesa de bens jurídicos<\/h5>

omo referido inicialmente, existe certa prevalência na doutrina em admitir como essencial do Direito penal a proteção de bens jurídicos.<\/p>

oposição mais comum que se faz a essa concepção é sua falta de clareza, já que o conceito de bem jurídico é algo demasiado fluido e foi mudando no decorrer da ı do Direito. O conceito de proteção de bens jurídicos em direito penal aparece já meiros textos de teoria do delito de mais de dois séculos atrás. Porém, hoje em concepção de bem jurídico então defendida já não tem cabimento. Enquanto o penal d'antanho se ocupava da proteção da vida, do patrimônio, da honra e

mais, o Moderno Direito penal tem como tarefa ocupar-se da proteção de bens
)s que não só não encontram correspondência com um objeto material corpóreo,
s vezes são de complexa identificação, tais como o ambiente, as relações jurídicas
umo, o mercado de capitais ou a economia popular.<\/p>
esse modo, a dependência de um conceito de bem jurídico que não é muito preciso
uma instabilidade da proposta. Se não se sabe precisamente que característica
r o bem jurídico para ser reconhecido como digno de proteção penal, dizer que a
do Direito penal é a proteção de bens jurídicos não significa dizer muito.<\/p>
inda assim, essa proposta é mais ajustada à proteção das garantias fundamentais,
parada com a tese dos autores que reconhecem como missão do Direito penal a
zação da norma. Isso porque ao menos é possível fazer depender a intervenção
lo reconhecimento de que o bem jurídico afligido pela conduta é essencial ao
olvimento do ser humano na sociedade. Ou seja, é possível limitar um pouco,
m ponto de vista <\/a>axiológico, o âmbito de proteção jurídico-penal, e com isso
ma delimitação negativa, uma possibilidade de excluir tópicos que não podem
sar ao âmbito de proteção jurídico--penal, já que o comportamento que não aflige
rídicos não pode ser considerado crime.<\/p>
delimitação torna-se ainda maior se a proposta é associada à ideia de que
e os bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento humano em sociedade são
dores da proteção penal. Assim também quando se pensa que mesmo essa
io está condicionada a ataques tão graves que outra instância de controle não
contrapor.<\/p>
omo se nota, há uma redução do âmbito de intervenção jurídico-penal nessa
tiva que não é realizável nas demais.<\/p>
or isso, é preferível, em relação aos demais pontos de vista apresentados, a opção
abelecer como missão do Direito penal a garantia de bens jurídicos.<\/p>
<\/span> A missão de controle social do intolerável<\/h5>
á algumas questões trazidas pela ideia de proteção seletiva de bens jurídicos que
ser assumidas e, portanto, este deve ser o ponto de partida para a análise da
do Direito penal.<\/p>

intervenção do Direito penal na vida social é sempre violenta e carregada de
indesejáveis, de onde vem seu caráter fragmentário. O Direito penal deve intervir
e quando a convivência se torna insuportável sem que ele o faça. E isso ocorre
o cidadão vê os bens jurídicos essenciais para sua sobrevivência e
olvimento pessoal serem atacados por alguém.<\/p>

ntretanto, é necessário enfrentar outra oposição que se costuma fazer à ideia de
io de bens jurídicos: o fato incontestável de que, na realidade, a proteção de bens
os pelo Direito penal não ocorre<\/i>. Cada novo fato criminoso demonstra isso. O
oferece uma proteção meramente simbólica e não efetiva. Nunca é demais
r que a intervenção jurídica na vida das pessoas, em um verdadeiro Estado
rático, não pode pressupor uma antecipação, ou seja, uma intervenção que se
à realização do fato criminoso. Sendo assim, se a intervenção baseada no direito
i ex post<\/i>, não é possível pensar que o direito em geral – e o Direito penal, em
lar – ofereça alguma proteção real<\/i>. O máximo que o Direito penal pode
r no campo ontológico – e, nisso, é forçoso coincidir com Welzel – é uma
ção das consciências internas das pessoas, ainda assim, em um sentido de mera
tiva.<\/p>

ntretanto, é necessário perceber que o direito, como manifestação axiológica,
da elucubração humana, não pode pretender a realização de resultados
co-ontológicos. Nisso reside a fraqueza da concepção welzeliana<\/i>.<\/p>

utrossim, parece igualmente curto, reducionista e desfocado pretender a
dade parnasiana<\/i> do sistema normativo.<\/p>

e certo modo, é na concepção de Jescheck que aparece um ponto de partida
el para o estabelecimento da missão do Direito penal.<\/p>

escheck situa o Direito penal entre os mecanismos de controle criados para a
ão da convivência das pessoas em sociedade”.[42]<\/sup><\/a><\/p>

om efeito, a vida em sociedade demanda normas. Ninguém é uma ilha. A vida de
é regida por normas, sejam elas normas morais, sociais ou jurídicas. A
ência <\/a>em sociedade depende disso. O que varia, entre as distintas
dades de normas, é tão somente o seu grau de cogência e o nível de intervenção

s supõem nas vidas das pessoas.<\/p>
ssim, é possível afirmar que quanto maior a gravidade da atitude perturbadora onvivência social, maior é a ingerência que a norma supõe sobre a vida da pessoa ɔvocou a perturbação. Isso por força do postulado geral de proporcionalidade. ıs normas são igualmente destinadas a permitir a vida em sociedade, portanto, a · certo nível de controle social<\/i>.<\/p>
a distribuição do escalonamento de gravidade e proporcionalidade, as normas de penal ocupam o papel de ultima ratio<\/i>, simplesmente porque sua cogência ɔ emprego das consequências mais interventivas e violentas na vida das pessoas todos os mecanismos de controle.<\/p>
ɛndo assim, é fácil concluir que a missão do Direito penal – e também da pena, ɛrência – é a realização do controle social do intolerável, ou seja, de realizar a de controle social ali onde as demais normas de preservação da estrutura social m insuficientes.<\/p>
videntemente, a partir desse ponto de vista é necessário identificar os limites do penal, ou seja, até que ponto as normas de Direito penal podem exercer esse e do intolerável. Aqui entra a referência do bem jurídico. A proteção dos bens ɔs não pode ser exercida como realidade empírica, mas sim como pretensão. Esta ɛr uma pretensão utópica de realização da justiça absoluta por intermédio da O bem jurídico essencial para o desenvolvimento do indivíduo em sociedade se ıma justificação imprescindível da identificação do caráter penal da norma de e social.<\/p>
'as não é só isso. É sabido também que mesmo os bens jurídicos essenciais para o ɔlvimento social podem ser atacados de distintas maneiras, algumas das quais, ılmente na sociedade atual, uma sociedade tolerante para com certo nível de risco, ɔ relevantes a ponto de justificar, dentro da mesma ideia de proporcionalidade, tervenção jurídico-penal. Nesses casos, novamente parece necessária a referência ıs jurídicos para estabelecer os limites de legitimação jurídico-penal, no sentido ·mar que somente os ataques suficientemente graves, intoleráveis, aos bens ɔs essenciais é que poderão estar abrangidos nas normas penais.<\/p>

ssim, somente poderá existir controle social do intolerável a partir da 'cação de que a norma jurídico-penal corresponde a uma pretensão de realização iça através da proteção de um bem jurídico essencial ao desenvolvimento do uo em sociedade, contra um ataque suficientemente grave.<\/p>

m conclusão, é possível afirmar que a missão do Direito penal é a realização do e social do intolerável. Ademais, que a identificação do que é intolerável passa istência de um ataque grave a um bem jurídico essencial ao desenvolvimento do uo na sociedade. Essa, e nenhuma outra, deve ser a justificação da imposição de orma jurídico-penal, a qual somente pode aspirar ser válida porque pretende ser \/p>

n> O<\/b> JUS PUNIENDI<\/b><\/i> E A QUESTÃO DO ESTADO<\/b><\/h2>

cumprimento da missão do Direito penal é entregue à entidade que costumamos r Estado<\/i>.<\/p>

uase a totalidade da doutrina,[43]*<\/sup><\/a> a partir disso, afirma a existência de um direito subjetivo<\/i> do Estado io exercício punitivo, ao qual se costuma denominar jus puniendi<\/i>.<\/p>*

/a>Uma perfunctória passagem pelos principais contratualistas faz identificar a dessa concepção.[44]*<\/sup><\/a><\/p>*

ntretanto, essa concepção parece estar carente de certa revisão contextualizada :amente.<\/p>

modelo idealizado pelos contratualistas enxergava na figura do Estado<\/i> a osição à figura do déspota, representado pelo príncipe, cujo absolutismo se lia superar com a passagem das rédeas do destino social para toda a população, taria incluída na concepção de Estado<\/i> pela fórmula da Assembleia \/i>.[45]*<\/sup><\/a><\/p>*

ıdependentemente disso, é certo que se vive outro momento no mundo que consiste ente na passagem da fórmula do Estado-nação para outro modelo multicultural, zado, que exige do direito idêntica perspectiva.<\/p>

ssim, é necessário que as garantias e conquistas afirmadas a partir do Iluminismo :ristalizadas e transpostas para uma fronteira ultraestatal. Esse processo põe em :ia algo que parecia, antes, inconstestável. O fato de que o ente<\/i> hipotético, para realizar o exercício da função social, não existe enquanto tal, é uma mera

› da elucubração humana. A figura do Leviatã ou do Estado personificado é ente falaciosa e ilusória. Em realidade, Estado é convenção, é aceitação mútua de ses por e para as pessoas.<\/p>

'to posto, é necessário reconhecer a inexistência de um jus puniendi<\/i>. O não é, em realidade, portador de direitos. Nem pode ser, porquanto não é uo e não realiza o ato de mútua convivência. Só pode ser portador de direitos ›ode exigir, para si, em prol de seu próprio interesse, alguma atitude de outro. › que o Estado<\/i> exige de cada um não é de seu próprio interesse, mas de se dos demais indivíduos. Assim, o Estado<\/i> não é detentor de direitos, é mero le direitos alheios (dos indivíduos).<\/p>

ortanto, não existe um direito<\/i> de punir, posto que não é o Estado<\/i> quem ada para si. São os demais indivíduos que exigem<\/i> como direito seu<\/i> que do empregue o mecanismo de controle social do Direito penal. Assim, para o remanesce somente um dever<\/i> de punir e jamais um direito<\/i>.<\/p>

ssa é outra fórmula de limitação do Estado quanto ao exercício do mecanismo de e social penal. Este somente estará legitimado quando represente, efetivamente, eresse dos indivíduos em geral e não meramente por uma decisão de governo.<\/p>

pan><\/a> Nesse sentido, ver GARCIA, Basileu. Instituições de Direito penal.<\/i> 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. I, t. I, p. 8; níbal. Direito Penal. Parte Geral.<\/i> 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. I, p. 11-12; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito geral<\/i>. 15. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 3; MESTIÉRI, João. Manual de Direito Geral.<\/i> Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 3; SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal. Parte Geral.<\/i> 3. ed. Rio de Janeiro- ımen Juris-ICPC, 2008. p. 3; BRANDÃO, Cláudio. Curso de Direito penal. Parte Geral.<\/i> Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008. p. 5; Paulo. Direito penal. Parte Geral.<\/i> 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3.<\/p>

pan><\/a> Já o próprio Kant percebeu os perigos da confusão entre o direito e a moral, pelo que delimitava esses campos ao definir o o coexistência dos arbítrios segundo a lei geral de liberdade. Daí que a moral não é nem deve ser condição do sistema jurídico. KANT, Introducción a la teoría do derecho.<\/i> Trad. de Felipe González Vicén. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954. p. 78-80. Essa 10 entanto, não significa distanciamento, ou seja, as concepções morais, conquanto não exigíveis juridicamente como padrão ético, estão necessariamente na discussão jurídica.<\/p>

pan><\/a> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel. Curso de Derecho penal. Parte . Barcelona: Cedecs Editorial, 1997. p. 1.<\/p>

pan><\/a> Nesse sentido a clássica lição de Radbruch: "[...] o desenvolvimento do direito penal está destinado a dar-se, um dia, para além o direito penal. Nesse dia sua forma virá a consistir, não tanto na criação dum direito penal melhor<\/i> do que o actual, mas na dum elhoria e de conservação da sociedade: alguma coisa de melhor que direito penal e, simultaneamente, de mais inteligente e mais humano RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito<\/i>. 6. ed. Trad. de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 324.

pan><\/a> ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco.<\/i> Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 48.<\/p>

pan><\/a> Do mesmo modo que Feijóo Sánchez, “aqui se compartilham alguns dos pontos de partida científicos da criminologia crítica, te alguns aspectos da teoria do etiquetamento, mas se rechaça a tendência ideológica que se lhe pretendeu outorgar e que fez com que este ninologia tenha deixado de ser ciência e tenha se convertido em militância panfletária, levando a um beco sem saída um interessante ponto FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Retribución y prevención general.<\/i> Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007. p. 355.<\/p>

pan><\/a> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel. Curso de derecho penal<\/i>... cit., :onvicção social tão velha como o mundo segundo a qual o prêmio e o castigo são instrumentos que os homens podem e devem empregar se n sobreviver como grupo”.<\/p>

pan><\/a> Veja-se, a respeito, os interessantes elementos para uma teoria da competência penal<\/i> oferecidos por Höffe em HÖFFE, recho Intercultural<\/i>. Trad. de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 96 ss. O autor afirma claramente que para a construção de de Direito internacional, o Direito penal ocupa um papel fundamental, funcionando como direito de ultima ratio<\/i>, e que não pode ser or uma racionalidade de gestão privada do conflito.<\/p>

pan><\/a> Cf. Ernst-Joachim Lampe. Systemunrecht und Unrechtsystem, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft<\/i>, n° 106. de Gruyter, 1996. p. 745, quem sustenta que “especialmente no âmbito da criminalidade da empresa e da criminalidade de Estado, existe ito um considerável déficit de justiça penal”.<\/p>

/span><\/a> Adota-se aqui a relação entre violência e poder explicitada por Hannah Arendt. ARENDT, Hannah. Sobre la violencia.<\/i> illermo Solana. Madrid: Alianza Editorial, 2006.<\/p>

/span><\/a> Veja-se HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho penal.<\/i> irant lo Blanch, 1989. p. 100 ss. Para mais detalhes a respeito da distinção entre os conceitos de missão e função do Direito penal, na rasileira, veja-se: BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. Introdução ao Direito penal. Bases para um sistema pena .<\/i> 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 25 ss.<\/p>

/span><\/a> Nesse sentido, HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción…<\/i> cit., p. 100: “Mayor importancia screpancias en torno a la determinación de la misión que el Derecho penal debe cumplir. En este terreno son diferenciables tres posiciones: n mayoritaria considera que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos ante posibles lesiones o puestas en peligro”.

/span><\/a> Nesse sentido, a título ilustrativo, veja-se um resumo em: ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Org. e trad. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.<\/p>

/span><\/a> BARATTA, Alessandro. Criminología y sistema penal<\/i>. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faria, 2004. p. 92. “Aún ura más elemental, el nuevo paradigma implica un análisis del proceso de definición y de reacción social que se extiende a la distribución definición y de reacción en una sociedad, a la desigual distribución de este poder y a los conflictos de intereses que están en el origen de ’.<\/p>

/span><\/a> “Os ataques dirigidos à legitimação da existência do Direito penal como um instrumento de poder repressivo que pretende a lo Ordenamento jurídico, carecem de fundamento em uma sociedade regida por um Estado liberal de Direito, pois somente a pena proteção da paz jurídica em liberdade. Por isso, o objetivo não deve ser a desaparição do Direito penal, mas somente a sua melhora através rma continuada que assegure a proteção da generalidade através de uma prevenção geral moderada, e que busque alcançar a justiça para o vando o princípio de culpabilidade e, ali onde seja necessário, a ajuda social”. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. Derecho penal. Parte General.<\/i> 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 4. No mesmo sentido, Muñoz e que “as perspectivas abolicionistas pertencem, hoje em dia, ao mundo das utopias e, de qualquer modo, não podem ser propostas à margem ninado modelo de sociedade e de Estado; e os modelos de sociedade e Estado que conhecemos no presente e no passado, e podemos prever em curto e médio prazo não parece, desde logo, que possam prescindir dessa última instância de controle social formalizado para a prevenção los ataques mais graves aos bens mais importantes de seus respectivos sistemas de valores”. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, erecho penal. Parte General.<\/i> 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 69.<\/p>

/span><\/a> Idem, p. 29.<\/p>

/span><\/a> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Tratado de criminología<\/i>. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 1051.

/span><\/a> Veja-se, a respeito: BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica ao Direito penal.<\/i> Trad. de Juarez Cirino dos de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.<\/p>

/span><\/a> Refiro-me ao clássico de George Orwell Animal Farm<\/i>, publicado no Brasil com o nome de A Revolução dos Bichos<\/i>.

/span><\/a> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho penal. Introducción.<\/i> Madrid: Servicio de publicaciones de la Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 100.<\/p>

/span><\/a> Antonio García-Pablos, Tratado...<\/i> Op. cit., p. 1053, a respeito, manifesta que "as numerosas investigações levadas a cabo anos sobre a efetividade do Direito penal e suas consequências jurídicas, antes de tudo, sobre a pena privativa de liberdade – ("desviação ', "reincidência" etc.), desmitificaram o suposto impacto benfazejo, reabilitador e ressocializador da pena rainha e, com ele, o princípio de a criminologia tradicional. Tais investigações demonstraram, isto sim, que não castigamos para ressocializar; que não é este o motivo pelo inalizam certos comportamentos desviados. Muito pelo contrário: que a pena não ressocializa, mas estigmatiza; não limpa, mas mancha s vezes se recordou aos expiacionistas!). E que, muitas vezes, é mais o fato de haver cumprido uma pena que a própria comissão do delito o o maior demérito aos olhos da sociedade. Que deveria ser esta, em realidade e não o delinquente, a necessitada de ressocialização".<\/p>

/span><\/a> "No nosso contexto latino-americano, apresenta-se um argumento de reforço em favor da "mínima intervenção do sistema a a América está sofrendo as consequências de uma agressão aos Direitos Humanos (que chamamos de injusto jushumanista<\/i>), que direito ao desenvolvimento,<\/i> que se encontra consagrado no art. 22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Este injusto jushumanista de violação do nosso direito ao desenvolvimento não pode ser obstaculizado (sic<\/i>), uma vez que pertence à planetária do poder. Todavia, faz-se necessário que se resguarde de seus efeitos." ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral<\/i>. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 80.<\/p>

/span><\/a> Roxin afirma que "[...] a tarefa do Direito penal se situa na proteção da liberdade e da segurança social do indivíduo assim ndições de existência da sociedade; dito de forma gráfica: o pressuposto de cada sanção penal não surge da contravenção à moral, mas de sociedade não evitável de outro modo. A tarefa do Direito penal foi limitada, como frequentemente se diz hoje, à "proteção subsidiária de os"". ROXIN, Claus. La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal.<\/i> Trad. de Carmen Gómez Rivero e armén García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 21. No mesmo sentido: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho General,<\/i> I. Madrid: Editorial Universitas, 1996. p. 68; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho penal<\/i>... Op. cit., p. MER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco Introducción…<\/i> Op. cit., p. 105; admitindo a tese do bem jurídico desde que a pelo paradigma criminológico: BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito penal brasileiro.<\/i> 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

/span><\/a> MORILLAS CUEVAS, Lorenzo; RUIZ ANTON, L. F. Manual de derecho penal. Parte general<\/i>, I. Introducción e Ley Dirigida por Manuel Cobo del Rosal. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 30.<\/p>

/span><\/a> WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general<\/i>. 11. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. ditorial Jurídica de Chile, 1997. p. 2.<\/p>

/span><\/a> "Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência, (observância) la consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade". WELZEL, Hans. Derecho penal... t., p. 3. Resulta daí a impossibilidade de seguir sustentando os conceitos que amparam o modelo de sistema penal welzeliano<\/i>, depois tas da Criminologia Crítica a respeito dos condicionamentos nocivos provocados pelo sistema penal, Diante dessa postura, não deixa de ser alguns defensores de posturas radicais de Criminologia Crítica, que reconhecem na norma uma forma de exclusão social, sigam um modelo finalista welzeliano<\/i> de teoria do delito.<\/p>

/span><\/a> A ilustração contextual da posição em questão aparece em BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Bem jurídico-penal.<\/i> São rtier Latin, 2014. p. 113.<\/p>

/span><\/a> "Estes valores do atuar conforme o direito, arraigados na permanente consciência jurídica (quer dizer, legal, não ente moral) constituem o fundo ético-social positivo das normas jurídico-penais. O Direito Penal assegura seu real acatamento, enquanto observância manifestada através de ações desleais, de rebeldia, indignas, fraudulentas." WELZEL, Hans. Derecho penal<\/i>... cit., p. 2.

/span><\/a> "O delito é, pois, desde o ponto de vista material, uma conduta que lesiona ou põe em perigo um bem jurídico e constitui uma ão das normas da ética social ou da ordem política ou econômica da sociedade." CEREZO MIR, José. Curso de Derecho penal español. ıl<\/i>. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. t. I. p. 19.<\/p>

/span><\/a> STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal, parte general,<\/i> I. Trad. da 2. ed. alemã de 1976, por Gladys Romero. ersa, 1982. p. 2-20.<\/p>

/span><\/a> "A missão do Direito penal não se encaixa sem contradições em uma construção monista, de forma que só pode explicar-se ıte enquanto a proteção do bem jurídico e a atuação sobre a vontade de ação<\/i> dos cidadãos se entendam como tarefas equivalentes do ıl que se complementam, condicionam e limitam reciprocamente". JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal<\/i>. Parte > 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 7.<\/p>

/span><\/a> "Se reprovou a Welzel<\/i> o fato de que ele dá um componente excessivamente ético ao Direito penal ignorando sua missão bens jurídicos. Esta reprovação é em parte fundada, enquanto Welzel<\/i> menciona como valores da atitude interna de caráter ético-social mo fidelidade, obediência, dignidade da pessoa etc. Mas já não é tanto, na medida em que Welzel<\/i> também considera que "a missão do ıl é a proteção de bens jurídicos através da proteção dos valores ético-sociais […]." HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. ı…<\/i> cit., p. 100.<\/p>

/span><\/a> Veja-se: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. Tratado de Derecho penal<\/i>... cit., p. 2-9.<\/p>

/span><\/a> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción…<\/i> cit., p. 101-102.<\/p>

/span><\/a> "Missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma". JAKOBS, Günther. Derecho Penal – parte general. Fundamentos e imputación.<\/i> 2. ed. Corrigida. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, <\/p>

/span><\/a> JAKOBS, Günther. Derecho Penal<\/i>... cit., p. 13-14.<\/p>

/span><\/a> "[...] os dois baluartes erigidos pelo pensamento penal liberal para limitar a atividade punitiva do Estado frente ao indivíduo: do delito como lesão de bens jurídicos e o princípio de culpabilidade, parecem sair definitivamente do prumo e são substituídos por ɛ uma teoria sistêmica, na qual o indivíduo deixa de ser o centro e o fim da sociedade e do direito, para converter-se em um 'sistema físico-. Jakobs, 1983, 385), ao que o direito valora na medida em que desempenhe um papel funcional em relação à totalidade do sistema RATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, Cuadernos de política >, n° 24, 1984, p. 533-551, Madrid: Edersa – Editoriales de Derecho reunidas.<\/p>

/span><\/a> "Um fato criminoso – [...] – não pode definir-se como lesão de bens, senão só como lesão da juridicidade. A lesão da norma é o cisivo em Direito penal, como nos mostra a punibilidade da tentativa, e não a lesão de um bem. De novo, de forma paralela ao anterior, pena pode estar referida à segurança dos bens ou algo similar; a segurança dos bens ou a prevenção de delitos se encontram com respeito à ıa relação excessivamente elástica como para poder passar por funções da mesma." JAKOBS, Günther. La ciencia del Derecho penal ante as del presente. Conferência proferida em Seminario impartido en la Universidad Pablo de Olavide,<\/i> Sevilla, España. Trad. de Teresa ı, Sevilla, 2000. p. 12-13.<\/p>

/span><\/a> JAKOBS, Günther. Derecho Penal…<\/i> cit., p. 13.<\/p>

/span><\/a> A terminologia postulado<\/i> é aqui empregada na forma de interpretação argumentativa das normas proposta por Humberto

upõe serem os postulados situados em um plano superior aos dos princípios e regras, qualificados pelo autor como normas de segundo grau, para a estruturação e orientação argumentativa das regras e dos princípios. Para detalhes, veja-se: ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, 2008, especialmente p. 161 ss.<\/p>

/span><\/a> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción…<\/i> cit., p. 103.<\/p>

/span><\/a> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. Tratado de Derecho penal<\/i>... cit., p. 2.<\/p>

/span><\/a> Veja-se, por exemplo: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. Tratado de Derecho penal<\/i>... cit., p. 11; ONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal. Parte General<\/i>... cit., p. 69; MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. al.<\/i> 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1999. p. 8 e DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte geral.<\/i> t. I. Questões Fundamentais, a ral do crime<\/i>. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 3. No Brasil, veja-se, por exemplo, BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de l. Parte Geral.<\/i> 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 5; GRECO, Rogério. Curso de Direito penal. Parte Geral.<\/i> 5. ed. Niterói: 05. v. I, p. 8.<\/p>

/span><\/a> "Assim como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político bsoluto sobre todos os seus." ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social<\/i>. Trad. de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins 3. p. 39; "aquele que deu seu consentimento real expressamente declarado para fazer parte de uma comunidade, está obrigado, ente e para sempre, a ser inalteradamente súdito dela". LOCKE, John. Segundo tratato sobre o Governo.<\/i> Trad. de Alex Marins. São tin Claret, 2002. p. 90. "Desta instituição de um Estado derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem se confere o no pelo consentimento do povo reunido." HOBBES, Thomas. Leviatan.<\/i> Trad. de Manuel Sánchez Sarto. México, D.F.: Fonde de nómica, 1996. p. 142.<\/p>

/span><\/a> Seria demasiado e também despiciendo, aqui, realizar todo o ataque possível à concepção da Assembleia Geral<\/i>, bem como em falaciosa. Para maiores considerações a respeito, remeto a: MOREIRA, Luiz. A Constituição como simulacro<\/i>. Rio de Janeiro: s, 2007.<\/p> <\/body> <\/html> //]]>

Capítulo 2

LIMITES DO CONTROLE SOCIAL PENAL

INTRODUÇÃO: PRINCÍPIOS. OS LIMITES DO DIREITO PENAL EM UM ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O dever de exercício de controle social por parte do Estado não é algo que se possa invocar sem mais. Nenhum Estado encontra-se autorizado a definir o alcance do controle social penal. Essa legitimação brota de sua correspondência às aspirações sociais. Ou seja, a legitimidade do aparato de controle normativo é balizada pela aceitação racional de tais pretensões.

A identificação dessa racionalidade é o que define um Estado como social e democrático de Direito.[1]

A linguagem que se estabelece entre o Estado e o cidadão se antecipa à especulação e à barbárie. O Estado, ao exercer o poder de estabelecer os delitos e as penas, não o faz de modo absoluto,[2] deve "obedecer a uma série de princípios que salvaguardam as garantias mínimas que todo cidadão deve possuir para viver em uma sociedade democrática e respeitosa com os Direitos e obrigações de todos".[3] Os cidadãos percebem que dentro desse Estado sua liberdade e sua dignidade estão garantidas. As leis urgentes, com caráter retroativo, os delitos e as penas sem lei prévia que o estabeleçam, as penas desproporcionais ao fato etc., não se legitimam nesse tipo de Estado. Desse modelo de Estado decorre a ideia de que determinados princípios jurídicos estão associados à escolha do modelo político. Ou seja, a opção por um Estado social e democrático de direito traz consigo, como consequência obrigatória, a assunção de determinados princípios.

O *Estado de Direito* está associado ao princípio de legalidade; o *Estado social* está associado à necessidade social da intervenção penal e, como tal, justificado pelo princípio de intervenção mínima, vale dizer, pelo condicionamento de intervir

somente onde é necessário; e o *Estado democrático* se identifica com o princípio de culpabilidade, porquanto a ideia de pôr o Estado a serviço da defesa dos interesses do cidadão significa respeitá-lo individualmente e limitar a intervenção Estatal à efetiva atuação culpável do sujeito.[4]

Essa defesa do indivíduo se estabelece através do desenvolvimento dos princípios limitadores da intervenção penal, das verdadeiras barreiras de contenção que se interpõem à atuação violenta do Estado, ao utilizar o instrumental penal contra o indivíduo. O dever de castigar não é absoluto. O perfil político de um Estado se evidencia pela forma como utiliza ou acolhe as barreiras anti-intervencionistas.[5] Para Muñoz Conde,[6] a norma penal não pode ser "desconectada de um determinado sistema social", já que um Estado totalitário construirá um Direito penal mais repressivo, enquanto um Estado liberal será mais respeitoso para com as garantias individuais. No mesmo sentido, assinala Mir Puig[7] que "o Direito a castigar pode fundamentar-se em distintas concepções políticas", se é que se prescinde das garantias como limite.

Desde aí a importância do estudo dos limites a impor-se ao Direito de punir, como bem alerta García-Pablos de Molina: "Dois fatores conferem especial relevância ao estudo dos limites do *jus puniendi*:[8] em primeiro lugar, os drásticos efeitos da intervenção penal; seu impacto destrutivo e irreversível e os elevadíssimos custos sociais da 'cirurgia penal'. Em segundo lugar, a vocação intervencionista do Estado 'social', que potencia a presença deste e o emprego de toda sorte de meios eficazes para resolver os conflitos e dirigir o futuro social."[9] As barreiras de contenção à intervenção estatal se estabelecem através da adoção de uma orientação interpretativa do sistema de imputação às máximas do Estado social e democrático de Direito plasmadas em princípios.[10]

A doutrina majoritária costuma enunciar uma série de princípios tanto penais como processuais.[11] Garantias como o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio de intervenção mínima, o princípio de necessidade e utilidade da intervenção, o princípio de culpabilidade, o princípio de responsabilidade subjetiva, o princípio de proibição das penas desumanas e degradantes, o princípio da orientação das penas privativas de liberdade à ressocialização do autor, o princípio

de presunção de inocência, o princípio de legalidade, o princípio de igualdade perante a lei, o direito da pessoa a não declarar contra si mesma etc. O que há de uniforme nesses enunciados é que todos visam garantir uma menor violência, deslegitimando o exercício punitivo absoluto por parte do Estado.[12]

Esse elenco de princípios costuma ser apresentado pelos estudiosos de maneira individual ou agrupada, divergindo em extensão, conteúdo e ordem, culminando por gerar uma falta de uniformidade entre as distintas perspectivas.[13]

Zaffaroni,[14] por exemplo, divide entre *princípio de legalidade, princípios limitadores que excluem violações ou disfuncionalidades grosseiras com direitos humanos* e *princípios da criminalização que emergem diretamente do Estado de Direito*, apresentando inúmeras subdivisões entre os três grupos. Por seu turno, Nilo Batista[15] prefere apresentá-los individualmente, em número de cinco, sem, contudo, negar a inter-relação entre eles. Juarez Cirino dos Santos propõe o estudo de seis princípios,[16] Cezar Bitencourt, nove.[17] Zugaldía Espinar[18] também apresenta individualmente oito princípios limitadores do direito penal. Também de forma dispersa Carbonell Matteu[19] apresenta os princípios que, a seu entender, servem para a limitação da potestade punitiva.

Outros autores, como Muñoz Conde e García Arán, preferem apontar a existência de tão somente dois princípios, o princípio da *intervenção mínima*, incluindo, entre outras, a noção de proporcionalidade, e o *princípio de intervenção legalizada*, traduzido no princípio da reserva legal.[20] Desses, entendem que derivam todos os demais princípios. De outro lado, Muñoz Conde reconhece que alguns princípios que situa sob uma dessas duas vertentes cobraram um crescente aumento de importância até o ponto de obter na doutrina um largo apoio à sua autonomia, como é o caso do *princípio de culpabilidade*.

Adotando a postura antes anunciada, de vinculação entre o modelo de Estado e o arcabouço de princípios como instrumental limitador da intervenção estatal, é adequado em um Estado social e democrático de direito limitar a intervenção penal a partir dos princípios de legalidade, intervenção mínima e culpabilidade.

A partir disso, adotando posição similar à de Muñoz Conde e García Arán, é

possível fazer derivar vários outros princípios a partir desses três e compor um sistema ajustado ao modelo de Estado proposto.[21]

1 PRINCÍPIO DE LEGALIDADE. UM LIMITE FORMAL E BÁSICO DA COMPOSIÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

O princípio que constitui a pedra angular de todo o Direito penal[22] de origem latina é o princípio de legalidade. A organização fundamental do modelo de Estado composto a partir do modelo constitucional se dá através de um postulado básico: a submissão à regra da lei.

Esse princípio condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal impondo-lhe, antes de tudo, um limite formal que é a necessidade de pautar sua intervenção pelo mecanismo legislativo. Assim, tanto os delitos quanto as penas, os procedimentos de atribuição de responsabilidade e da forma de cumprimento dos castigos, devem resultar todos submetidos à lei. As exigências que derivam da *lex previa, lex scripta, lex stricta* e da *lex certa* constituem um conjunto prévio de limites contrapostos à vocação arbitrária do Estado.

1.1 Origem histórica

O princípio de legalidade cumpre uma função decisiva na garantia de liberdade dos cidadãos, frente ao poder punitivo Estatal, desde o século XVIII.[23] Esse pensamento político é coroado pela Revolução Francesa,[24] que em princípio supõe o desejo de substituir o governo caprichoso dos homens pela vontade geral, pela vontade expressa através da norma, da lei.[25] O que então se considerava povo[26] (Terceiro Estado) passa de ser "instrumento" ou "sujeito passivo"[27] do poder absoluto do monarca a "partícipe" daquele poder. A lei, em consequência, supõe a expressão da vontade popular, realizada pelos representantes do povo conforme o *contrato social*. É necessário contemplar, segundo dizia Rousseau, "aos indivíduos em massa e às ações em abstrato",[28] o que significava utilizar postulados comuns teóricos e hipotéticos de modo a igualar as pessoas. Observava Beccaria que a lei deveria ser claramente compreensível para todos aqueles aos quais se dirige.[29]

Daí que se sustenta que o "governo das leis" emerge como um ideal frente ao "governo dos homens".

Todas essas ideias frutos do pensamento iluminista foram acolhidas por Beccaria, em sua famosa obra "Dos delitos e das penas", de 1764. Escrevia o autor: "Homem algum entregou gratuitamente parte da própria liberdade, visando ao bem público."[30] Prossegue dizendo que

> "foi portanto, a necessidade que impeliu os homens a ceder parte da própria liberdade. É certo que cada um só quer colocar no repositório público a mínima porção possível, apenas a suficiente para induzir os outros a defendê-la. O agregado destas mínimas porções possíveis que forma o direito de punir. O resto é abuso, e não justiça, é fato e não direito".[31]

O soberano só constitui o legítimo depositário, um administrador da soberania de uma nação. Em consequência,

> "só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa a toda a sociedade unida pelo contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, superior aos limites fixados pelas leis".[32]

Não é, pois, desmedida a referência à atualidade do pensamento de Beccaria feita por Faria Costa[33] no prefácio da obra por ele traduzida para o português.

A submissão à lei traduzia, assim, a impossibilidade de existência de crime sem que isso fosse previsto em lei, bem como a impossibilidade de imposição de pena, sem que esta estivesse também prevista em lei. É o que até hoje é conhecido como *Nullum crimen nulla poena sine lege.*

Convém dizer, entretanto, que esse enunciado latino não provém do Direito romano, nem tampouco da tão importante contribuição ideológica legada por

Beccaria, mas sim da obra de Feuerbach, que em 1813, apresentava o enunciado vinculado à ideia de prevenção geral como fim da pena através de sua teoria da coação psicológica.[34]

Para Feuerbach, "o objetivo da cominação da pena na lei é a intimidação de todos, como possíveis protagonistas de lesões jurídicas", porém, "toda pena jurídica dentro do Estado é a consequência jurídica, fundada na necessidade de preservar os direitos externos, de uma lesão jurídica e de uma lei que comine um mal sensível". Deduz, então Feuerbach, que "toda pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*)".

Antes, porém, do próprio Feuerbach, Kant é apontado pela doutrina[35] como o primeiro que propõe o Estado do Direito e, como consequência disso, também propõe os fundamentos do Direito penal próprios do Estado de Direito, especialmente na *Rechtslehre*, de 1797-1798.

A transformação do Estado natural ao Estado civil, em virtude do contrato social, assegura a participação e controle da vida política do cidadão.[36]

Desde então o princípio de legalidade constitui uma exigência de *segurança jurídica* e *garantia política*.[37]

O *nullum crimen sine lege* se converte no princípio reitor de toda liberdade cidadã. Daí deriva a ideia de que somente a partir da instituição do Estado Constitucional seria possível falar em princípio da legalidade, o que situaria na queda da Bastilha a origem histórica do instituto.

Há autores, porém, que apontam o antecedente histórico do *nullum crimen*, ainda mais remotamente, na *Magna Charta libertatum*[38] de João Sem Terra em 15 de junho de 1215, mesmo reconhecendo que sua maior expressão apareceu durante a célebre Revolução Francesa.[39]

Cobo del Rosal e Vives Antón, com acerto, rechaçam esse entendimento. Para eles, não é correto associar o princípio de legalidade à *Magna Charta Libertatum*:[40]

> "seria enganoso situar nesse texto sua primeira formulação (na Magna Carta). E isso, não tanto por as razões deduzidas da natureza feudal de dito documento, mas porque, historicamente, o princípio de legalidade, tal

> como é entendido no Direito penal continental, não deriva dele. Na Magna Carta pode achar-se a origem da chamada *'rule of law'* própria do Direito anglo-saxão que, se tem certo paralelo com o princípio de legalidade, não deixa de apresentar importantes elementos diferenciais. Com efeito, enquanto o princípio de legalidade traduz o predomínio da Lei sobre os juízes, a '*rule of law*' representa, fundamentalmente, uma garantia jurisdicional. Dita peculiaridade deriva das características do desenvolvimento histórico do Direito anglo-saxão (perpetuadas no Direito norte-americano) em que a 'lei da terra', fundada no Direito natural e aplicada por juízes ordinários, chega a estar por cima do Direito estatutário, criado pelo Parlamento".[41]

Na verdade, a *rule of law* era o conjunto de regras processuais a que as Cortes Reais se submetiam. E estas disputaram espaço jurisdicional com as jurisdições tradicionais locais, apenas logrando imporem-se como dominantes em face de seu poder coercitivo e sua modernidade processual. Nos termos da *Magna Charta*, o rei João deveria renunciar certos direitos e respeitar os procedimentos legais estabelecidos. Assim, é possível afirmar que sua imposição no Direito Inglês não derivou de uma ruptura, mas de um lento e gradual assentamento dos costumes, de origem eminentemente processual.

Além disso, a circunstância que produziu a *Magna Charta* é derivada muito mais da necessidade de recursos orçamentários a que se viu submetido o soberano inglês do que de uma opção consciente pela evolução do direito. Tratou-se de uma negociação para apaziguar a oposição que lhe faziam o clero, os barões e os burgueses. A contrapartida ao acordo foi a renovação de fidelidade ao rei proclamada pelos barões ingleses em 19 de junho de 1215.

Se fôssemos em busca de antecedentes históricos ainda mais remotos, poderíamos seguir Stratenwerth,[42] quando afirma identificar nos escritos do tribuno romano Cícero um dos principais aspectos do princípio da legalidade, a anterioridade da lei em face do fato incriminado:

> “Este princípio se encontra por primeira vez em *Cícero* (In Verme, II, 42), quem sustenta que um comportamento passado, que não fosse, em si mesmo, nem legalmente, delitual ou reprovável, não poderia merecer nenhuma consequência jurídica negativa. De acordo com isso, resulta inadmissível sancionar com posteridade um comportamento proibido pela ética social, mas não estabelecer por meio de uma sanção ulterior a proibição de um comportamento que não tinha esse caráter.”

Há ainda quem afirme que o princípio de legalidade, em sua face referente à reserva legal, já se encontrava formulado no período medieval, nas Cartas Editadas pela Corte de León.[43]

Entretanto, nota-se claramente que essas medidas de formalização do direito são demasiado tênues para serem consideradas reserva de lei. Como muito, tratava-se de uma reserva processual, próxima da proveniente do *rule of law*.

Do exposto, resta forçoso concordar com os que defendem que a origem do princípio de legalidade se encontra no nascimento do Estado de Direito.[44] Cumpre buscar, portanto, o momento culminante do avanço das garantias, naquele período histórico em que por primeira vez o povo deixa de ser um instrumento e sujeito passivo do poder absoluto do Estado ou do Monarca que o encarna e passa a tentar controlar e participar desse poder, exigindo garantias em seu exercício.[45] O tempo culminou por demonstrar que o povo que teoricamente buscava ascender ao poder ainda não logrou isso e que a revolução burguesa traduziu-se no marco de passagem do poder das mãos do príncipe para as mãos do capital[46] com posteriores desdobramentos políticos que conduzem ao momento atual de um processo de globalização do Direito, forçado pela economia. De qualquer modo, nada disso tira o brilho e importância da iniciativa iluminista desde o ponto de vista principiológico.

1.2 Significados do princípio de legalidade: Político e técnico

O princípio de legalidade só pode ser corretamente compreendido em sua importância e extensão quando observado em todas as suas dimensões, como garantia

inviolável do cidadão frente ao exercício punitivo do Estado. Ou seja, não basta considerar o princípio de legalidade um instrumento jurídico, relacionado apenas com a norma posta, como um filtro jurídico do direito positivo. É preciso ir além e enxergar o contexto histórico de seu desenvolvimento e tudo o que se pretendeu alcançar através de sua afirmação. Visto assim, entra em evidência, antes de tudo, a sua dimensão *política,* que significa o predomínio do Poder Legislativo como órgão que representa a vontade geral frente aos outros poderes do Estado,[47] para, a seguir, merecer consideração sua dimensão *técnica*, que expressa a forma de como devem os legisladores formular as normas penais.

O princípio de legalidade, tanto em sua dimensão política como técnica, constitui uma garantia indiscutível do cidadão frente ao poder punitivo Estatal.

1.2.1 Significado e alcance político do princípio de legalidade

O princípio de legalidade pode ser fundamentado politicamente com base na *divisão de poderes.* Sua inspiração vem estabelecida pelos ideais da Revolução Francesa de participação popular no poder. A vontade caprichosa dos governantes cedeu passo à vontade geral, constituindo-se na força política do estabelecimento das normas penais. Com isso se pretende que a lei, que é a expressão da vontade de todos através da Assembleia Geral, seja a única fonte do Direito, obrigando igualmente a todos.[48] A vontade geral se traduz na Assembleia Geral, constituindo este o primeiro Poder do Estado, que é justamente o poder legislativo. Só o Poder Legislativo, em princípio, como órgão que representa a vontade geral, pode estabelecer as leis. "Nem o Poder Executivo pode tomar decisão alguma que vá contra a vontade geral, nem o Poder Judiciário aplicar mais Direito que o que emana dessa vontade geral".[49]

Uma interpretação correta do alcance genuíno do *nullum crimen*, fiel a suas bases históricas e à importância política do mesmo, obriga a entendê-lo no marco de uma determinada concepção da origem da sociedade civil e do Estado, da legitimação de poder e de seu exercício, ou seja, na *doutrina do contrato social*, da *soberania popular* e da *divisão de poderes*.[50]

Como consequência, pretende-se que, desde o momento em que a lei é a

expressão da vontade geral manifestada na Assembleia Geral, ela constitua a única fonte de todo o Direito e não apenas do Direito penal. Contudo, os complexos âmbitos da vida impossibilitam à Assembleia Geral abarcar por completo a regulação expressa de todos os conflitos existentes. Logo, o monopólio da lei se reduz apenas a determinados âmbitos, os quais, dada sua importância geral, não podem ser regulados senão exclusivamente pela lei. Entre eles o Direito Penal (*reserva legal)*.[51] Nos demais âmbitos, a *primazia da lei*[52] se afirma como expressão da superioridade do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo.

Daí por que o direito penal, como instrumento de controle social, só pode emanar de lei. Somente assim se mantém a fidelidade à dimensão política do princípio de legalidade. Nenhuma iniciativa de outro poder pode exercer o controle social através do instrumental penal. Portanto, qualquer iniciativa, por exemplo, de incriminação penal através de medida provisória encontra barreira já na dimensão política do princípio de legalidade, não sendo necessário sequer discutir a dimensão técnica do mesmo.

Costuma-se distinguir[53] algumas *classes de reservas legais*;[54] como a *reserva absoluta* da lei, que implica a competência absoluta do Legislativo na produção das leis, a qual impede a remissão a outras fontes; *reserva relativa* da lei, que permite ao Poder Legislativo, mediante um ato de delegação voluntária, outorgar competência legislativa, principalmente ao Executivo, sobre determinadas matérias previamente estabelecidas; *reserva geral* da lei, que contempla a regulação de determinados âmbitos gerais, frente à *reserva especial* da lei que se limita a regular alguns aspectos concretos daqueles âmbitos; finalmente, se distingue entre a *reserva substancial* da lei, quando esta é estabelecida por comando da Constituição e, como tal, deriva de uma escolha política, e a *reserva formal* da lei, que implica a regulação por parte do Legislativo de toda uma matéria sem permitir que instâncias inferiores completem sua redação.

Afirma-se, em consequência, que o princípio de legalidade em matéria penal se identifica com uma "*reserva absoluta*",[55] uma "*reserva geral*"[56] e "*reserva substancial*".[57] Isso porque a regulamentação de matéria penal incriminadora, vale

dizer, de autorizações legislativas do espaço de exercício de controle social, somente pode ser determinada, em todo o seu conteúdo incriminador, por lei em sentido estrito, ou seja, por ato que emana diretamente do poder legislativo.

1.2.2 Significado e conteúdo técnico do princípio de legalidade

O princípio de legalidade costuma expressar-se através da máxima *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*. Isso quer dizer que sem uma lei que o haja declarado previamente punível, nenhum fato pode merecer uma pena do Direito penal. Sem dúvida, representa uma garantia de liberdade a fim de evitar o exercício do poder arbitrário do Estado, pelo que Franz Von Liszt[58] estabeleceu que esse princípio constitui uma verdadeira "*Magna Carta* do delinquente". Essa concepção não goza da adesão da maior parte da doutrina, já que, em um Estado Democrático de Direito, o juiz nunca tem diante de si um delinquente, mas sim um cidadão que está amparado pelo Direito à presunção de inocência e que é, definitivamente, o destinatário do princípio de legalidade. Em consequência, esse princípio deve ser tomado, mais corretamente, como a "Magna Carta do cidadão".[59]

É preciso destacar que a concepção da formulação inicial do princípio de legalidade não é a mesma que se tem na atualidade. Inicialmente, Feuerbach estabeleceu a expressão latina "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", vinculando-a à demonstração do caráter de prevenção geral da pena[60] através de sua conhecida teoria da coação psicológica. Feuerbach afirma que "toda pena jurídica pronunciada pelo Estado é consequência de uma lei fundada na necessidade de conservar os Direitos exteriores e que contém a ameaça de um mal sensível frente a uma lesão do Direito".[61] A ameaça da pena intimida as pessoas e evita as lesões de Direitos, mas não seria possível intimidar ou contramotivar quando não existe uma lei que expresse clara e publicamente à generalidade das pessoas.

Essa doutrina serviu de base à *teoria da motivação* pela coação psicológica, e para ela também tem importância o princípio de legalidade,[62] já que para que tal função (motivação) possa ser levada a cabo, requer-se o conhecimento do alcance da ameaça penal e do contido das normas proibitivas. Para Muñoz Conde, o princípio de

legalidade serve, inclusive, para determinar a culpabilidade do sujeito, já que só conhecendo-se o alcance das normas ou, pelo menos, a possibilidade de conhecê-la, será possível motivar-se por ela e, portanto, será possível declarar sua culpabilidade.[63]

Da expressão latina cunhada por Feuerbach surgem, inicialmente, os seguintes princípios: *Nullum crimen sine lege*: nenhuma conduta pode ser qualificada como delito sem uma lei que o haja declarado previamente. Daí que os atos socialmente danosos, por si só, não podem ser castigados, por mais que sejam substancialmente considerados delitos.[64] A formalidade da lei constitui sua única fonte; *Nulla poena sine lege*: o estabelecimento de uma pena resta condicionado a uma lei que a determine; as penas não podem ser substituídas por outras e não podem ser inventadas e impostas de surpresa. Seu nascimento se submete ao império da lei; *Nemo damnetur nisi per legale iudicium*: Os castigos têm que ser impostos em virtude de um juízo formal ante seus juízes e órgãos competentes, respeitando-se as garantias processuais estabelecidas legalmente.

A doutrina atual dotou de vertentes esse princípio fundamental do Estado social e democrático de Direito, alçando-o político-criminalmente a uma categoria de garantia frente o exercício punitivo do Estado. O princípio de legalidade, em matéria penal, inclui atualmente o princípio de *legalidade da execução*: não se pode executar pena alguma em outra forma além daquela prevista pela lei, o que impede desvios de execução.

Indubitavelmente, o princípio de legalidade constitui a garantia mais valiosa dentro do Estado social e democrático de Direito. Os governos totalitários sempre encontraram suas mais fortes críticas na falta de submissão a esse princípio.

Nesse sentido, e para que não nos olvidemos dos erros do passado, convém destacar os efeitos negativos que tiveram origem no afastamento ou na distorção do princípio de legalidade em matéria penal, realizados por alguns Estados. Servem de exemplo a concreta violação do princípio de legalidade, incriminando fatos anteriores à edição da lei, havido na Rússia, com o art. 6º do Código Penal Soviético de 1926,[65] de nítida inspiração *stalinista* e, na Alemanha, a legislação penal nacional-socialista,

nos anos 30[66], que procedeu da mesma forma[67]. García-Pablos de Molina lembra que "o *nullum crimen* é, naturalmente, um postulado irrenunciável. Mas, por desgraça, a história demonstrou à saciedade que se o princípio de legalidade significa submissão à lei, muitas vezes significou também, que com a lei se pode fazer de tudo".[68]

Portanto, é preciso deixar claro que derivam do princípio de legalidade certos requisitos que devem ser tidos em conta na formulação jurídica, a saber: (a) a *existência de uma lei* que estabeleça os delitos e as penas *(lex scripta)*: disso se deduz que a lei é a única fonte formal e direta das normas penais e deve estabelecer-se mediante um procedimento regular preestabelecido, o que evita o filtro do Direito consuetudinário como fonte de Direito direta; (b) as leis devem ser *prévias* às condutas que constituem delito, que estabelecem suas consequências, que estabelecem o procedimento a seguir e a forma em que devem cumprir-se as penas *(lex praevia)*, pelo que resta proibida a retroatividade da lei penal incriminadora; (c) as leis devem ser estabelecidas de forma *clara* e *precisa (lex certa e stricta)*, o que Silva Sánchez prefere denominar *mandado (ou comando) de determinação*,[69] em concordância com a doutrina alemã. Daí se deduz a proibição da analogia em matéria penal e, ao mesmo tempo, exige-se precisão na descrição dos tipos.

Em consequência, podemos agrupar o *conteúdo* técnico do princípio de legalidade em dois planos; no marco das garantias individuais: *Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege, Nemo damnetur nisi per legale iudicium* e *legalidade da execução*; e no marco dos requisitos que se lhe exige à norma jurídico-penal: *lex scripta, lex praevia* e *lex certa e lex stricta*, estas últimas identificadas com o comando de determinação.

1.3 Das garantias individuais derivadas do princípio de legalidade

As garantias individuais que dizem respeito ao princípio de legalidade retratam que todo o sistema jurídico-penal há de estar submetido a uma estreita legalidade. De nada adianta que haja um pleno respeito ao indivíduo em matéria incriminadora se, *a posteriori*, no momento do ajuizamento criminal, essas garantias sejam vilipendiadas em prol da eficiência processual ou se, ao final, no momento da execução da pena, o

condenado tenha desconsiderada sua condição humana de beneficiário das mesmas garantias.

É fundamental ter em mente que todo o sistema jurídico penal partilha dos mesmos princípios e das mesmas limitações em face das garantias fundamentais das pessoas. O Direito penal, o processo penal e as leis de execuções penais devem ter diretrizes comuns e devem ser submetidas a um filtro comum de garantias.[70]

1.3.1 *Garantia criminal* (nullum crimen sine lege)

A garantia criminal proíbe que se possa imputar a um cidadão um fato não previsto como crime ou contravenção pela lei penal. Em sentido contrário, ninguém está obrigado a fazer o que a lei não manda, nem impedido de fazer o que ela não proíbe.

Não é possível castigar alguém senão pela violação de uma norma contida em lei penal incriminadora. Mesmo diante da constatação concreta da existência de uma conduta socialmente desvalorada de modo tão grave que atinja as raias da intolerabilidade, para que haja a persecução pelo Poder Judiciário é imprescindível prévia incriminação emanada do Poder Legislativo. Caso o fato não goze de previsão legal estrita, não poderá ser objeto de persecução em juízo. Essa é a base do princípio da divisão de poderes.

A hierarquia constitucional dessa garantia do sistema penal é, hoje em dia, indiscutível, compondo norma reitora de todo o sistema penal.

No que concerne ao Direito penal positivo brasileiro, esse princípio é contemplado no art. 1º do Código Penal[71] e no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.[72]

1.3.2 *Garantia penal* (nulla poena sine lege)

O mesmo que se aplica em matéria de incriminação de condutas, ou seja, de exercício de controle social, também se dá em termos das consequências jurídicas de delitos. Ou seja, qualquer sanção, para ser aplicada, depende de ter sido estabelecida pela lei. Não poderão aplicar-se penas que não hajam sido previamente estabelecidas

por lei.

A garantia penal proíbe aos magistrados alterar os marcos penológicos estabelecidos por lei. As penas somente podem ser aplicadas conforme fixado pelo poder legislativo. Não há, aqui, qualquer arbítrio do juiz, senão, como será visto adiante, dentro de certos marcos estreitos fixados pela própria lei. Fecha-se o passo às surpresas, às penas indeterminadas, às sanções discriminatórias, por fim, ao arbítrio.

1.3.3 Garantia jurisdicional (nemo damnetur nisi per legale iudicium)

Dessa garantia deriva que ninguém pode ser condenado senão em virtude de uma sentença firme ditada por um juiz ou Tribunal competente, sob os marcos estabelecidos legalmente.

A divisão de poderes nos esclarece ainda mais essa garantia. Enquanto os delitos e as penas se estabelecem por lei, que representa a vontade da Assembleia Geral, as leis se interpretam e se aplicam (função de julgar), exclusivamente, pelo Poder Judiciário.[73] Essa função tampouco é arbitrária, mas deve submeter-se a toda uma gama de garantias processuais que também são estabelecidas legalmente: princípio de publicidade, o direito à imediação da prova, a liberdade de prova, a oralidade, o contraditório, o devido processo legal etc.

Ou seja, é à vista do princípio de legalidade que compete discutir boa parte das questões mais candentes do moderno processo penal.

Por exemplo, é à luz do princípio de legalidade que se deve resolver a questão conflitiva entre o uso das modernas tecnologias na realização da instrução penal e a preservação das garantias de imediação da prova no caso dos chamados *interrogatórios por videoconferência*,[74] já que a imediação da prova é parte do devido processo legal, princípio claramente decorrente do princípio de legalidade.

Tudo isso representa, conforme referia Bustos Ramírez,[75] a aplicação do princípio irrestrito da legalidade contra a arbitrariedade na atividade judicial.

1.3.4 Garantia de execução

A pena deve executar-se na forma legalmente estabelecida.[76] O artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que: “Ninguém será submetido a torturas nem a tratos cruéis, desumanos ou degradantes”. Também o Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 10, estabelece que: “toda pessoa privada de sua liberdade será tratada humanamente e com respeito à dignidade inerente ao ser humano”. Esses artigos referem-se a qualquer pessoa, inclusive suas disposições devem ser aplicadas com especial atenção aos que estão cumprindo pena.

Em alguns países latino-americanos, apesar das boas intenções que têm suas legislações em matéria de execução, é comum ver que os estabelecimentos penitenciários seguem sendo centros de degradação da personalidade, não permitindo absolutamente a ressocialização plena e a posterior reincorporação do apenado à sociedade, conquanto esse seja o discurso que aparece, de modo geral, como a razão de ser das penas.

Uma das principais causas de tal estado de coisas – ao menos na realidade brasileira – é a superpopulação carcerária, provocada, não poucas vezes, por uma ilógica distribuição das vagas existentes no sistema penitenciário, eis que se reserva maior número de vagas em regime fechado (para os casos mais graves), menos para o semiaberto (destinado aos casos intermediários) e menos ainda para o regime aberto (destinado aos casos menos graves).[77] Ora, a lógica indica que os casos de crimes graves serão em menor número do que os menos graves. Mais ainda, em sendo o regime de cumprimento de pena *progressivo*, ou seja, passando os apenados para regime menos grave, na medida de seus méritos, é óbvio que a demanda maior de vagas será sempre no regime mais brando.

O Poder Executivo, encarregado de prover a construção e administração do sistema prisional, ao inverter a pirâmide de vagas em face de sua necessidade, não somente inviabiliza a realização da preservação das garantias derivadas do princípio de legalidade, como também destrói qualquer iniciativa do poder legislativo que pretenda resgatar a dignidade humana dos condenados.

Bernales Ballesteros[78] comenta que um dos índices de progresso e desenvolvimento dos povos são seus centros carcerários, sendo muitos os casos em

que os Estados foram submetidos à vergonha internacional ao ver-se descobertas as condições de suas prisões.

A própria ideia de progressão de regime de cumprimento de pena, vincada em nossa legislação de execução penal e da imensa maioria dos países democráticos, é igualmente expressão legislativa do princípio de legalidade.[79]

1.4 Requisitos das normas jurídicas

Ao lado das garantias oferecidas ao indivíduo frente à intervenção do Estado, o princípio de legalidade também é fonte de vários requisitos que devem ser obedecidos pelas normas jurídicas. Somente quando as regras jurídico-penais são orientadas através desses requisitos se evita o entrechoque destas com o princípio de legalidade.

Essas exigências são a reserva absoluta de lei, a irretroatividade e o comando de determinação.

1.4.1 Reserva absoluta da lei (lex scripta)

Quando se menciona a reserva absoluta de lei, é necessário ter em mente que esta se estabelece através de dois postulados fundamentais: a norma jurídico-penal que estabelece hipóteses de intervenção do Estado contra o indivíduo não pode ter por fonte direta outra coisa que não a lei. Entende-se, com isso, por um lado, que não se admite outra fonte de norma incriminadora que não seja a emanação do Poder Legislativo, único legítimo representante político da vontade da população. Por outro lado, uma vez que o sistema legislativo é composto de modo complexo, contemplando várias espécies de atividades regulatórias, é também exigível que a norma jurídico-penal emane de lei em sentido estrito, ou seja, de lei federal.

1.4.1.1 Exclusão dos costumes, dos precedentes ou de princípios como fonte de Direito penal incriminador

Em respeito ao princípio de legalidade, única fonte de produção das normas incriminadoras, em matéria penal, é a lei.[80] “Quando se diz que a lei penal deve ser

escrita, se está expressando, em primeiro lugar, que o Direito penal é exclusivamente Direito positivo, o que exclui a possibilidade de que mediante o costume ou os princípios gerais não escritos se estabeleçam delitos e penas”,[81] que bem podem ser, em outros âmbitos da regulação jurídica, fontes de Direito.[82]

Sustenta García-Pablos que: “a primazia da lei e consequente rechace de outras fontes (*v. g*. costumes, princípios gerais de Direito, jurisprudência) se aplica por razões de segurança jurídica: a lei não só expressa a vontade popular, mas conta com um processo de gestação que facilita ao cidadão seu conhecimento. E sua forma (escrita) oferece maior segurança jurídica”.[83]

As fontes indiretas, como o costume e os princípios gerais do Direito, podem bem constituir fontes de produção de Direito em outros ramos do ordenamento jurídico e, excepcionalmente, também em Direito penal, porém, jamais na edição de preceitos incriminadores.

É preciso distinguir: há regras jurídico-penais que servem para a determinação do *espaço do punível*, ou seja, para determinar que, diante da presença da conduta nelas descrita, é permitido ao Estado interferir utilizando o Direito penal. Assim, por exemplo, a norma que incrimina o furto, a que enuncia o estelionato ou a que define o porte ilegal de armas. Por outro lado, existem regras que pertencem também ao sistema penal, mas que servem justamente para vedar a possibilidade de intervenção do aparato punitivo, como, por exemplo, as regras que descrevem situações de justificação, como o estado de necessidade ou a legítima defesa. Estas últimas, obviamente, não criam incriminação, não atingem o indivíduo. Pelo contrário, são permissivas, sob o amparo dos quais a incriminação desaparece.

O costume e os princípios gerais do direito, portanto, somente podem empregar sua eficácia através das *causas de justificação*[84] ou integrando o conteúdo dos elementos valorativos do tipo. Costuma-se chamar o emprego desse método costume *in bonan partem*.[85]

Muñoz Conde[86] observa que uma causa de justificação, como o “exercício legítimo de um Direito, ofício ou cargo”, descansa, muitas vezes, no Direito consuetudinário e não em uma lei. Nesse sentido, Bustos Ramírez comentava que “as

causas de justificação referem-se a todo o ordenamento jurídico. Uma norma permissiva pode surgir de qualquer âmbito jurídico. Portanto, em sua determinação, poderão ter um papel fundamental ou cofundamental o costume e os princípios gerais do Direito".[87] Não seria possível impor, em função do perfil político da reserva legal penal, restrições que alcançariam todo o ordenamento jurídico.

Pois bem. O princípio de legalidade exige que a norma incriminadora não possa ter outra fonte para além da atividade legislativa. Porém, os costumes e os princípios podem criar regras de justificação ou outras normas permissivas.

Em resumo, a primeira exigência que o princípio de legalidade impõe às normas jurídico--penais é que as suas espécies incriminadoras somente podem ser apresentadas através de inciativas legislativas, pois essa é a única fonte politicamente legitimada para tanto.

1.4.1.2 Exclusividade da lei (em sentido estrito)

Outra exigência derivada da reserva legal é a que se estabelece no sentido de que não deverá haver punição senão derivada de lei escrita, ou seja, lei aprovada dentro dos trâmites a ela correspondentes.

Com isso se veda a possibilidade de utilizar instrumental pretensamente legislativo, porque oficial, em matéria legislativa incriminadora. Ou seja, somente a lei federal, enquanto efetiva atividade representativa do poder político concentrada nas mãos do legislativo, pode ser veículo de incriminações jurídico-penais.

Estabelece-se o nível *normativo de lei* como fonte necessária das proibições. Mas não basta qualquer norma escrita, é preciso que tenha nível *de lei* emanada do Poder Legislativo, mecanismo ideal que expressa o interesse do povo representado.

Nessa ordem restariam excluídas como fontes de normas que descrevem delitos e penas as normas regulamentares emanadas do Poder Executivo, que têm nível inferior à lei, como Decretos, Medidas Provisórias etc.,[88] do Poder Judiciário, como Portarias, Recomendações, Resoluções etc., e mesmo outros mecanismos legislativos próprios do Poder Legislativo diferentes da lei em sentido estrito, como Decretos Legislativos, Resoluções etc. No Brasil, o tema se reveste de grande importância em

razão do uso indiscriminado do instrumento da Medida Provisória.[89]

1.4.2 Irretroatividade da lei penal (lex praevia)

Toda lei, em princípio, rege para o futuro os fatos desde sua entrada em vigor. Precisamente, a exigência de uma *lex praevia* constitui uma barreira à retroatividade das leis penais. No nosso sistema jurídico, essa expressão do princípio de legalidade se afirma constitucionalmente no art. 5º, XL: "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Costuma-se identificar a essa exigência como representativa do que se chama *anterioridade penal* a expressão principiológica da condição de precedência da previsão abstrata à situação de fato, proibindo a criação de tipos com finalidade de alcançar fatos do passado. Limita-se, portanto, a permitir a punição daqueles fatos que encontrarem enquadramento nas formulações abstratamente colocadas a conhecimento prévio do público. Trata-se de uma garantia firmada pelo Iluminismo contra o ilimitado poder expresso na criação de regras de imputação de responsabilidade *ad hoc*.[90] O que se pretende é o estabelecimento de segurança jurídica.

Tanto é assim que justamente alguns Estados de viés totalitário, mais de uma vez, buscaram violar o princípio de legalidade em sua vertente da irretroatividade. Assim, por exemplo, "o artigo 3º do Código Penal Soviético de 1922 que previa expressamente a retroatividade, explicável pela exigência do novo Estado em reprimir todos os atos anti-revolucionários que antes de 1922 não estavam previstos como crime".[91] Esse dispositivo, segundo Luisi,[92] somente foi revogado em 1958. Do mesmo modo, "na China a retroatividade da lei penal foi norma vigente até o advento do atual Código Penal, em vigor desde 1º de janeiro de 1980, que estabeleceu a irretroatividade em seu artigo 9º".[93]

Também são questionáveis as realizações dos Tribunais Internacionais *ad hoc*,[94] cuja substituição se pretende com a criação do Tribunal Penal Internacional derivado do Tratado de Roma.[95]

Tratando-se de um "Direito penal de fatos", a norma incriminadora constitui a

expressão de reconhecimento de uma conduta desvalorada socialmente em um determinado momento histórico e político de uma sociedade. Assim, não há sentido em permitir a imposição de uma carga penal a uma conduta sem que previamente se reconheça seu desvalor social. Para Stratenwerth, "a fundamentação é evidente: ninguém pode reger-se por uma norma que ainda não existe".[96]

Também no que respeita à função de prevenção do Direito penal, não parece adequada a retroatividade, pois que "as leis penais são regras de conduta que visam o futuro – isto é, a prevenção de delitos – e, portanto, não podem gerar seus efeitos em momentos anteriores a sua entrada em vigor".[97]

O tema produz reflexos dogmáticos na questão da sucessão de leis penais (lei penal no tempo). Nas hipóteses em que uma lei penal sucede outra com conteúdo distinto, incumbe analisar sua aplicação aos supostos correntes sob o prisma do princípio de legalidade segundo uma "retroatividade exclusiva da lei mais benéfica ao réu". Nesse sentido, a lição de Bustos Ramírez: "a retroatividade da lei mais favorável não é contraditória com o sentido do princípio de legalidade, pelo contrário, é uma lógica consequência de seu fundamento". Prossegue dizendo que "o princípio de legalidade tem por objeto evitar a arbitrariedade do Estado em suas relações com a pessoa. Uma lei mais favorável não é uma lei abusiva. Pelo contrário, significa o reconhecimento de maiores âmbitos de liberdade. Logo, a retroatividade da lei mais favorável não nega o princípio de legalidade, antes o afirma".[98]

Desde logo, não teria sentido, por diferentes razões, sejam político-criminais ou de justiça material,[99] seguir aplicando uma lei que valorativamente já não é compartilhada pelo legislador ou pela sociedade.[100]

Convém notar que a anterioridade costuma ser aplicada às regras de Direito penal material, porém, a doutrina em geral[101] admite a aplicação às leis Processuais Penais do princípio *tempus regit actum*, que permite sua aplicação imediata aos processos em curso, em interpretação literal do disposto no art. 2º do Código de Processo Penal brasileiro.

Esse posicionamento não é correto.[102] Uma vez que se defende a ideia de unidade para o Direito e o Processo penal, essa comunhão implica em que os

princípios gerais seguem limitando igualmente as duas ordens normativas. O processo penal, em sua conformação geral de princípios, não pode ser violado pela norma. Não há sentido em proteger o indivíduo da imputação e, uma vez que esta se estabeleça, abandoná-lo à sua própria sorte para que o Estado alcance como quiser o *jus exequendi*. Fazê-lo implicaria romper o compromisso para com o cidadão de não deixar de considerá-lo como tal, em face da prática de um ilícito penal. Negar aplicação de qualquer das vertentes do princípio de legalidade ao processo penal traduz-se em conivência para com a criação de duas classes de cidadãos incriminados pela mesma conduta: os que responderam segundo um rito determinado, porque seu processo já é findo, e os que respondem segundo outro rito, porque seu processo segue em curso. Assim, é possível dizer que uma limitação dessa natureza fere a própria ideia de Democracia.[103]

1.4.3 Comando de determinação (lex certa *e* lex stricta)

A doutrina alemã[104] considera o comando de determinação em duas vertentes: *lex certa*, que se dirige ao legislador, e a exigência de *lex stricta,* dirigida ao juiz, relacionadas, pois, com os processos de criminalização primária e criminalização secundária. Ou seja, o princípio de legalidade exige precisão daquilo que se incrimina, tanto no âmbito da criação da lei, quanto no âmbito de sua aplicação.

1.4.3.1 O comando de determinação em sua vertente legislativa (*lex certa*)

A exigência de *lex certa* implica que todas as leis penais devem ser formuladas da maneira mais clara, inequívoca e exaustiva possível, a fim que se deem a conhecer por inteiro a seus destinatários: o cidadão e o juiz.[105] Nesse sentido, a advertência Cobo del Rosal e Vives Antón:

> "Clareza e taxatividade são imprescindíveis condições da segurança jurídica. Mas, para que possa falar de segurança jurídica é preciso, ademais, que se haja determinado de antemão que condutas constituem delitos e quais não, e que penas são aplicáveis a cada caso. E também

> resulta indispensável que essa determinação seja levada a cabo pelo legislador, pois, do contrário, os cidadãos quedam a mercê dos juízes ou do Governo."[106]

A segurança jurídica que implica a exigência de *"lex certa"* entra em crise com o chamado *moderno Direito penal.* A tendência do legislador moderno é expressar-se de forma pouco clara.[107] A *ambiguidade* e a *imprecisão* são, cada vez mais, características de muitos preceitos penais.[108] As leis *indeterminadas*, por exemplo, permitem uma ampla margem criativa ao juiz, já que se formulam com conceitos vagos ou porosos, com termos que requerem um alto grau de valoração.[109]

As leis *indeterminadas* em seu conjunto por sua ambiguidade deliberada não permitem conhecer precisamente que condutas concretas são punidas,[110] o que implica, de modo implícito, a renúncia do legislador à sua missão de definição dos comportamentos delitivos e uma remissão ao juiz para que este cumpra com tal labor.[111]

A lei penal incriminadora mais recente no Brasil é farta em tipos indeterminados. O melhor exemplo quiçá seja o art. 54 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a lei de crimes contra o ambiente, que prescreve o seguinte:

> "Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.
> Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa."

Há um acúmulo tal de elementos incertos e indeterminados que se torna praticamente impossível determinar o âmbito do punível. Não se sabe exatamente que *níveis podem resultar em danos à saúde humana*, afinal, a possibilidade de causar danos existe em qualquer caso. Por exemplo, alguém que fuma constantemente, no ambiente de trabalho, na presença de outras pessoas, pode causar danos a esses terceiros, provocados pela poluição dos seus cigarros. Isso é crime ambiental? Quando se fala em saúde humana, pode ser de uma única pessoa? A mortandade de

animais é plural, mas bastam dois? O que é *significativo* na destruição da flora? Aparentemente, o tipo penal incrimina qualquer situação de poluição, é extremamente abrangente. Ao final, por ferir o princípio de legalidade, na vertente da certeza, ele é incapaz de incriminar o que quer que seja.

Há ainda outros exemplos, não só na lei ambiental, mas em várias legislações, que empregam na descrição dos tipos penais elementos incertos como "obrigação de relevante interesse ambiental",[112] "qualquer conduta que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento"[113] ou "que de outro modo promovam, favoreçam ou facilitem";[114] são exemplos mais que suficientes do emprego dessa técnica legislativa.

Não apenas os enunciados por vezes dificultam a exata compreensão do que é punido concretamente, como também as próprias técnicas de composição dos tipos penais, as chamadas *técnicas de tipificação*, que vêm sendo empregadas no Moderno Direito penal, cada vez mais dificultam a certeza em relação ao conteúdo incriminado. Isso porque o legislador moderno tem abusado no emprego das chamadas cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados, dos tipos penais abertos, da comissão por omissão, dos elementos normativos dos tipos e da técnica das leis penais em branco, evidenciando uma dissociação do Direito penal à exigência de *lex certa.*

As causas que se mencionam sobre a tendência à imprecisão são várias: diz-se que "a palavra escrita", ou "linguagem da lei", particularmente representam condicionamentos e limitações à máxima clareza e certeza, já que o idioma como meio de expressão se modifica conforme o tempo e as circunstâncias.[115] A lei, que precisa da linguagem, padece igualmente semelhante tensão entre duas necessidades antagônicas, generalizar e concretizar, justiça material e segurança jurídica, descrever e valorar; entre a matemática penal e o arbítrio judicial.[116]

Por outro lado, sustentou-se também que determinados bens jurídicos carecem de substrato material e são de muito difícil definição, pelo que é necessário recorrer a cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e elementos normativos do tipo para oferecer alguma precisão.[117] Também se sustentou que tal desformalização é derivada da tentação do legislador penal de oferecer programas de decisão flexíveis

que permitam operar ante as novas condições que a mudança social acelerada apresenta.[118] Tal tendência à imprecisão reflete uma vontade flexível que busca a adaptação às exigências político-criminais cambiantes. Isso evidencia a *situação de conflito* que gera a luta por manter a máxima segurança jurídica, frente à eficácia do caso concreto.

Silva Sánchez adverte, nesse sentido, que tal dissociação atende precipuamente às perspectivas preventivas, já que flexibilizam a adaptação às circunstâncias ambientais. "Daí que se produza o inevitável conflito entre a garantia individual consistente em que só os representantes da maioria – atendendo também à minoria – decidam de modo preciso as restrições à liberdade individual, por um lado, e as necessidades de prevenção geral ou ressocialização, por outro."[119] Acrescenta ainda:

> "No panorama atual, podemos perceber significativas manifestações da confrontação entre prevenção e 'determinação legal'. E isto se deve 'ao conflito entre as necessidades de uma política criminal cambiante em função das circunstâncias (orientação às consequências), que requer cada vez maiores níveis de oportunidade, e o comando de determinação'. Certamente, as exigências da prevenção podem requerer um Direito penal que possibilite intervenções sobre o delinquente não previstas até seus últimos detalhes pelo legislador, um Direito penal capaz de se adaptar ao câmbio social, uns tipos que permitam praticar uma concepção individualizadora da justiça, pretendidamente aberta a considerar em profundidade as peculiaridades do caso concreto. Contudo, isto é certamente perigoso desde a perspectiva das garantias individuais."

Obviamente, essa tensão existe. Um exemplo claro disso é a incriminação do tráfico de drogas. Uma exigência concreta de certeza adequada a garantir de modo absoluto o princípio de legalidade seria a obrigação de elencar cada uma das substâncias entorpecentes no enunciado do tipo penal que descreve a conduta incriminada. Porém, o avanço científico da química tem produzido tal volume de drogas sintéticas que resultaria necessária uma alteração legislativa quase que

permanente. Como solução, o legislador optou pelo uso da técnica da norma penal em branco, ou seja, descreve genericamente a conduta incriminada, remetendo para o âmbito complementar das portarias (instrumento normativo de elaboração e trâmite mais simples) a definição de um de seus elementos, justamente aquilo que é considerado droga, a efeito incriminador.

Isso ocorre em vários âmbitos da incriminação moderna, justamente porque muitos bens jurídicos que se entende devam merecer atenção do Direito penal são coletivizados e de difícil apreensão. Resulta utópico, atualmente, em face das mudanças de foco do Direito penal, o comando de certeza que se exige pelo princípio de legalidade. Entretanto, na medida do possível, é necessário que essas decisões legislativas sejam *controladas* e *corrigidas*,[120] ainda que seja comum uma maior exigência na concretização do âmbito da *garantia criminal* do que no âmbito da *garantia penal*.[121]

Na verdade, a indeterminação resulta mais grave quando ultrapassa o aspecto da incriminação e atinge o âmbito da pena. Isso porque a incerteza da incriminação abre o espaço processual de obter uma sentença absolutória, a incerteza do castigo, não.

O cenário legislativo brasileiro não está livre da indeterminação no campo das consequências jurídicas do ilícito. O Código Penal brasileiro, com a alteração das penas restritivas de direito, fez a inclusão do § 2º no art. 45, com a seguinte redação:

> "§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza."

Trata-se da substituição da pena de prestação pecuniária – prevista no parágrafo anterior – por outra. Pergunta-se, porém, que outra? O legislador não diz, abrindo passo para que o juiz a estabeleça. Pior ainda, que o estabeleça em acordo com o beneficiário, sem que participe da discussão o apenado.

Evidentemente, estamos diante de uma pena indeterminada que fere o princípio de legalidade.[122]

1.4.3.2 O comando de determinação em sua vertente judicial. A proibição da analc

(*lex stricta*)

A analogia é proibida no Direito penal como consequência do princípio da legalidade. Na maioria das Constituições políticas de nossa cultura jurídica, a proibição da analogia da lei penal é considerada como uma garantia da função jurisdicional.

A doutrina relata, porém, episódios não tão longínquos de emprego da analogia em Códigos Penais. Nesse sentido, comenta Luiz Luisi:[123]

> "[...] o velho Código Penal do Reich de 1871, por força da lei datada de 28 de junho de 1935 teve reformulada a redação no seu artigo 2º que previa a reserva legal. O referido artigo por força da lei mencionada passou a ter a seguinte redação: 'será castigado quem cometa um fato que a lei declara punível ou que mereça castigo segundo o conceito básico de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se nenhuma lei determinada pode se aplicar diretamente ao fato, este será castigado conforme a lei cujo conceito melhor lhe corresponder'.
> Também na Rússia Soviética, os seus primeiros Códigos, o de 1822 e o de 1826, permitiam expressamente a analogia. O artigo 16 do Código de 1926 tinha o seguinte teor: 'quando algum ato socialmente perigoso não esteja expressamente previsto no presente código, o fundamento e a extensão de sua responsabilidade se determinarão em conformidade com os artigos do mesmo relativos aos delitos de índole análoga'".

Do mesmo modo, Zaffaroni e Pierangeli citam outro exemplo, referindo-se às reformas penais do Estado Nazista, na Alemanha dos anos 30 do século XX:

> "Em 1935 foi eliminado o princípio da legalidade, mediante a introdução da analogia penal, substituindo-se o art. 2 do StGB pelo seguinte: 'É punível aquele que comete um ato a que a lei declara punível ou que, conforme a ideia fundamental de uma lei penal e ao sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei é diretamente aplicável ao ato, este

> será sancionado conforme a lei em que mais adequadamente se aplique a ideia fundamental'."[124]

Evidentemente, a atitude do Estado apontado, de corte totalitário, esclarece a dimensão democrática associada à vedação da analogia.

Apesar de ser tratado o tema da analogia pelos autores em geral[125] juntamente com os costumes ou princípios (*lex scripta*), associados à ideia de reserva legal, resulta mais adequado separá-la e agregá-la à ideia de determinação. A proibição de outra forma de expressão da norma incriminadora que não a lei visa suprimir as hipóteses de usurpação entre os poderes e mesmo de emprego de um sistema consuetudinário para a aplicação da lei penal. Por outro lado, o mandado de determinação abriga uma ordem de concreção, de segurança jurídica ao imputado. Ora, tanto o uso de conceitos vagos, quanto a aplicação de analogia, não violam o sistema de repartição de poderes nem a ordem constitucional, mas sim a possibilidade de conhecimento a respeito da acusação formulada. Comenta Zaffaroni:[126]

> "Se por analogia em Direito penal se entende completar o texto legal na forma de entendê-lo como proibindo o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que não reprova, ou em geral punível o que não pune, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de interpretação queda absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do Direito penal."

Haverá que distinguir, dentro do comentário, a analogia da interpretação extensiva ou analógica. Enquanto que esta importa a aplicação da lei de um fato situado além de seu alcance literal, mas sem estar fora do espírito ou sentido da mesma, na analogia, estende-se a aplicação da lei a um caso similar ao legislado, mas não compreendido em seu texto. Um exemplo de interpretação analógica no Código Penal brasileiro é o elenco de qualificadoras do homicídio. Diz o art. 121, § 2º, especialmente em seu incisos III e IV:

> Art. 121: Matar alguém:
> Pena – reclusão, de seis a vinte anos.
>
> § 1º [...]
> § 2º Se o homicídio é cometido:
> I – [...]
> II – [...]
> III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura *ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*;
> IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação *ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido*;
> V – [...]:
> Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

O que se incrimina é o homicídio praticado com veneno *ou outro meio tão insidioso, tão difícil de detectar quanto o veneno*; o homicídio praticado por asfixia, tortura *ou outro meio tão cruel quanto estes, que faça a vítima sofrer exageradamente*; ou ainda o homicídio praticado com fogo ou explosivo *ou outro instrumento de que possa resultar perigo para as demais pessoas tanto quanto estes*; ainda, o homicídio praticado com emprego de dissimulação ou emboscada, *ou outro recurso que faça com que a vítima esteja desprevenida em face do ataque tanto quanto a dissimulação ou a emboscada*. De modo geral, as hipóteses de interpretação extensiva ou analógica se apresentam dessa forma, com um ou mais exemplos, seguidos de uma cláusula aberta, indicando a similitude.

Fica claro que a interpretação extensiva não vulnera o princípio de legalidade, pois a interpretação queda dentro do espírito da lei, enquanto que na analogia se estaria criando Direito, situação contrária que, sim, é proibida.

Costuma-se distinguir, ainda, entre analogia *in malam partem* e analogia *in bonam partem*, entendendo-se a primeira como extensiva da punibilidade e a segunda, como restritiva da mesma. Esta última estaria legitimada na interpretação da lei penal, portanto é possível. Tudo com a finalidade de favorecer ao acusado estendendo

analogicamente as circunstâncias atenuantes ou capazes de excluir a responsabilidade. É que, em sendo o princípio de legalidade uma expressão de defesa do cidadão contra possíveis arbitrariedades do Estado e sendo a norma permissiva ou justificante, ou ainda exculpante, surge uma situação em que o uso da analogia não se choca com o espírito do princípio.

2 O PRINCÍPIO DE INTERVENÇÃO MÍNIMA E SUAS VERTENTES[127]

O Direito penal intervém na última fase do controle social. Trata-se de uma etapa violenta, já que intervém com a pena e com a medida de segurança. Isso conduz, inexoravelmente, a uma necessária limitação. De toda a construção iluminista que parte da lógica do contrato social[128] e das ideias de Beccaria, que apregoam que uma efetiva punição produz melhores resultados que o aprofundamento de sua gravidade, construiu-se uma expressão principiológica muito mais ampla do que inicialmente proposta pelo nobre italiano.

Se partirmos da ideia de que não é necessário um Direito penal tão agressivo, se reconhece, desde logo, a necessidade de utilizá-lo com moderação. Sua intervenção, nos diversos âmbitos da vida, não pode ser tão ampla nem tão grave. No mesmo sentido, afirma García-Pablos de Molina que "o princípio de "*intervenção mínima*" expressa graficamente um ulterior limite *político-criminal* do *ius puniendi*. Um limite coerente com a lógica do Estado social, que busca o maior bem-estar com o menor custo social, de acordo com um postulado utilitarista".[129]

Mas esse não é o fundamento único que condiciona a intervenção do Direito penal de maneira restrita. O desenvolvimento das Ciências Sociais põe em evidência o fracasso do antigo modelo dissuasório. Abandona-se a ideia de que o Direito penal, da maneira severa como vinha operando, levava a uma prevenção do delito muito melhor que outros instrumentos ou meios de controle social.

As ciências sociais põem em evidência, em primeiro lugar, que a pena não intimida, que a relativa eficácia do Direito penal à prevenção do delito não constitui o recurso mais idôneo ou eficaz. Finalmente, as análises da *efetividade* e dos *custos* (sociais) fundamentam cientificamente a necessidade de restringir a intervenção do

Direito penal a seu mínimo necessário. Nesse sentido, razões de distintas ordens apontam para a adequação da adoção de um modelo penal de mínima intervenção.[130]

Dessas ideias parte o desenvolvimento do princípio de intervenção mínima, que se expressa sob distintas formas dentro do Direito penal. Convém destacar os pontos-chave que estabelecem limitações ao exercício punitivo através do princípio de intervenção mínima: *a fragmentariedade* e *a subsidiariedade*.[131]

2.1 A fragmentariedade

O Direito penal é fragmentário. A característica, apontada inicialmente no Tratado de Direito Penal Alemão Comum – Parte Especial, de Binding, de 1896, era valorada negativamente pelo autor. Segundo seu entendimento, o fato de que o Direito penal não abarcara indistintamente todos os assuntos de interesse jurídico era uma falha. Mas o tempo se encarregou de demonstrar que se trata, em realidade, de uma característica extremamente positiva. Que o Direito penal não intervenha de modo indistinto, ou seja, sua reserva para as hipóteses excepcionais é justamente a expressão de sua força. Muito Direito penal equivale a nenhum. Assim que modernamente a característica de fragmentariedade na intervenção do Direito penal é entendida positivamente.

Em primeiro lugar, a identificação do *bem jurídico* como referência da dimensão material do injusto constitui um limite à atividade repressora do Estado. Por isso, representa "um dos conceitos fundamentais do Direito".[132] O Direito penal, conforme já vimos, se ocupa da proteção de bens jurídicos e limita sua intervenção a casos onde há um dano ou risco de dano a um bem jurídico. O bem jurídico constitui "um critério bastante aceitável como princípio inspirador de suas decisões em matéria penal".[133]

Garcia-Pablos de Molina[134] sustenta que somente essa referência não basta, em razão da necessária "*imprecisão do conceito de bem jurídico*" e pelos riscos que isso implica. Acrescenta o autor que: "seguiria sendo possível a perniciosa 'fuga ao Direito penal' e o conhecido fenômeno da 'perversão do bem jurídico'. Parece, pois, imprescindível sublinhar outros limites materiais (político-criminais) do poder

punitivo estatal [...] que afetem não a suas condições ou formas de exercício, senão ao seu próprio conteúdo e extensão”.

Mesmo diante da inafastável imprecisão do conceito do bem jurídico, é preciso reiterar que alguns autores pretendem fixar um conceito concreto de bens jurídico-penais, identifi-cando-os com os bens constitucionalmente protegidos. Isso não é possível nem tampouco recomendável,[135] entre outras razões porque o texto constitucional não é um sinônimo de legitimação de garantias democráticas, como demonstram a existência de Constituições de Estados absolutamente totalitários. A “vontade do Führer” era, quiçá, o bem jurídico mais preservado pelo modelo de Estado constitucional nacional-socialista na Alemanha dos anos 30 do século passado, eis que a este incumbia dar solução aos problemas jurídicos, à margem das discussões de ordem filosófica.[136] A proteção de bens jurídico-penais não necessariamente se identifica com os bens jurídicos que são reconhecidos constitucionalmente. Não cabe falar, portanto, do conceito de bem jurídico penal como aquele que deriva da Constituição. A Constituição só serve como um limite negativo de valoração. Assim como há bens jurídicos reconhecidos como direitos do cidadão aos quais o Direito penal presta uma larga proteção, ultrapassando inclusive a limitação de um só dispositivo incriminador, como é o caso da proteção à vida, que se expressa no homicídio, no infanticídio e no aborto, assim, também, há direitos constitucionais, como a liberdade de culto, que não recebem atenção direta do âmbito penal na grande maioria das legislações.

Definitivamente, não são todos os bens jurídicos que recebem a proteção penal, senão somente aqueles identificados como essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade. Toda norma penal deve ter em sua estrutura de base um bem jurídico, mas esse bem jurídico deve ser essencial para o desenvolvimento humano em sociedade. Esses limites, que devem ter o reconhecimento de todo bem jurídico-penal, são compatíveis com um Estado social e democrático de Direito.

Os limites que se estabelecem à intervenção do Direito penal em relação ao princípio de fragmentariedade fazem com que pouco a pouco se vão retirando do meio legislativo tipos penais cuja identificação à ofensa de tal bem jurídico não se respalda

em um consenso social sobre sua imprescindibilidade. Muñoz Conde[137] aponta uma série de exemplos, entre eles o adultério, que apenas em 2005 culminou desaparecendo do Código Penal brasileiro,[138] conquanto muito antes disso já não tivesse existência real na vida forense.

Segundo Muñoz Conde,[139] "este *caráter fragmentário do Direito penal* aparece em uma tripla forma", pelo que se entende que ao mesmo tempo o princípio atua "defendendo o bem jurídico só contra ataques de especial gravidade", depois "tipificando só uma parte do que nos demais ramos do ordenamento jurídico se estima como antijurídico" e, finalmente, "deixando sem castigo, em princípio, as ações meramente imorais".

De outro lado, o atual grau de desenvolvimento social conduz, de modo cada vez mais intenso, ao reconhecimento da existência de bens jurídicos metaindividuais, reflexo de um processo de neocriminalização que afronta a intervenção do Direito penal moderno.[140] Mas, se a migração para o Direito penal moderno é inexorável, de outro lado é inadmissível que a marcha evolutiva prive ou deixe a um segundo plano as conquistas principiológicas cidadãs. Assim importa entender como bens jurídicos penais coletivos tão somente aqueles cujo reconhecimento não implique a negação de alguma das garantias cidadãs. Por outro lado, esses bens jurídicos coletivos merecem a sua proteção só enquanto sirvam ao desenvolvimento pessoal do indivíduo em sociedade, ideia que corresponde ao que a doutrina reconhece como teoria monista personalista do bem jurídico.

A teoria *monista personalista* identifica o bem jurídico coletivo só enquanto serve ao desenvolvimento pessoal do indivíduo.[141]

Essa opção provém do fato de que é a teoria monista personalista que melhor responde aos pressupostos democráticos adequados à proteção do indivíduo.[142] Esse reconhecimento obedece a que, em termos penais, a primazia do interesse individual diante do coletivo é hoje mais importante do que nunca, já que ela representa uma barreira contra justificativas de ordem coletiva para o sacrifício de garantias individuais. Ademais, a teoria monista personalista é a que melhor responde ao sentido de proteção principiológica[143] que se há de manter na concepção de bem

jurídico. O reconhecimento dos bens jurídicos universais, como o ambiente ou a economia, aprofundado pelo desenvolvimento dos processos de socialização que apregoam as ciências sociais, faz com que seja necessária a afirmação contínua de que os interesses da sociedade e do Estado não podem primar frente às garantias individuais.

Assim, não basta estabelecer o reconhecimento de uma agressão a um bem jurídico para o reconhecimento da presença de um delito e a consequente intervenção do Direito penal. É necessário que essa agressão seja a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento individual e que esse ataque seja grave o suficiente para justificar a intervenção penal.

Em conclusão, em um Estado social e democrático de Direito, a obediência ao princípio de intervenção mínima constitui um de seus limites. O Direito penal, como mecanismo de controle social, só deve atuar quando se produzam lesões ou perigos de lesão intoleráveis contra os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do ser humano em sociedade.[144]

E essa seleção de bens jurídicos e de níveis de gravidade de ataque, feita pelo Direito penal, é a denominada "fragmentariedade". A fragmentariedade é, portanto, uma característica do princípio de intervenção mínima.

2.2 A subsidiariedade

A característica de subsidiariedade é também proveniente do princípio de intervenção mínima.[145] Essa característica condiciona a intervenção do Direito penal à comprovação da incapacidade dos demais mecanismos de controle social em resolver adequadamente o problema.[146]

Silva Sánchez[147] refere que "deve-se prescindir da cominação e sanção penal sempre que, no caso em questão, caiba esperar efeitos preventivos similares (ou superiores) da intervenção de outros meios menos lesivos, como, por exemplo, medidas estatais de política social, sanções próprias do Direito Civil, do Direito Administrativo, ou inclusive meios não jurídicos de controle social".

O oportuno comentário de Silva Sánchez deixa claro que pleitear a não

intervenção penal em determinados casos não significa pugnar pela ausência completa da intervenção do Direito ou a desnecessidade de intervenção estatal, ou ainda, a irrelevância completa do fato em si, como frequentemente se pensa.

O Direito penal não é uma solução para todos os males,[148] não é a única forma de controle social jurídico, nem tampouco é a única forma de intervenção à disposição do Estado. A intervenção penal deve ficar reservada para as hipóteses em que falharam outros mecanismos de defesa social.[149] Ao Direito penal não podemos atribuir, de maneira exclusiva ou principal, a tarefa de redução da criminalidade, que pode ser mais amplamente atendida ou diminuída por outros meios de controle social.

Por outro lado, quando se produzam ataques aos bens jurídicos, estes têm que ser intoleráveis. Se não reúnem essa característica, sua atenção pode ficar reservada para outros campos do direito. Assim, por exemplo, existem situações em que a intervenção do Direito penal não teria sentido: não se pode falar de necessidade de intervenção do Direito penal para cobrar uma inadimplência de aluguel quando as medidas civis de despejo se provam mais eficientes e menos custosas. Isso não implica negar ao patrimônio a condição de bem jurídico essencial do indivíduo, apenas reconhece a hipótese como um "ataque menos grave" a esse bem.

Em algumas situações o Direito penal já dá mostras de incapacidade de solução de problemas, mesmo diante de bens jurídicos fundamentais. A pena vai sendo substituída por outros mecanismos de intervenção. A moderna discussão em temas como o aborto ou a eutanásia é claro exemplo disso.

É justamente por isso, em termos especificamente relacionados aos bens jurídicos coletivos, que parte da doutrina vem questionando que seja o Direito penal efetivamente subsidiário.[150] Comenta-se que, por vezes, o direito civil, através de ações cominatórias especialmente relacionadas a direitos coletivos, pode impor restrições de direitos importantes, e o direito administrativo, por vezes, age de modo a impor multas exorbitantes. De outro lado, compare-se, por exemplo, as imposições de prestações pecuniárias de escassa monta do âmbito do juizado especial criminal. A situação é grave e coloca em cheque a subsidiariedade e o emprego do Direito penal como instrumento de *ultima ratio*.[151]

Jakobs,[152] por exemplo, nega a imposição de que se o conflito pode ser resolvido por outra instância que não penal, esta não deva ser utilizada.

O problema evidente com essa postura, que quiçá tenha escapado até agora da crítica a ele lançada, é que parte da constatação de uma realidade focada em aspectos pontuais que distorcem a estrutura de distribuição do controle social jurídico, para concluir pela invalidação da máxima geral de distribuição do controle social que coloca o Direito penal como referência última. Acontece que a questão está mal focada.

É óbvio que o direito penal, como mecanismo de controle social – porque ainda comporta a pena privativa de liberdade –, deve ser reconhecido como o instrumento mais gravoso de que dispõe o Estado.

É também evidente que quando o Direito penal ingressa em searas cujo controle obviamente não lhe pertencia *ab initio*, não consegue impor sanções muito graves, porque causaria uma evidente desproporção entre a infração e a sanção. Isso ocorre, por exemplo, na legislação brasileira, em situações de sonegação fiscal que não implicam falsidade ou em violações contra o ambiente de pequena monta. De outro lado, é verdade que o Direito penal reluta em abandonar antigas incriminações cuja permanência no âmbito penal não faz já nenhum sentido, porquanto trata-se de bens jurídicos cuja importância social foi há muito mitigada, como as contravenções penais em geral e os crimes contra a honra, por exemplo. É possível dizer o mesmo de toda matéria *pseudocriminal* enviada para os chamados Juizados Especiais Criminais.

Em contrapartida, é verdade que o direito administrativo avança em direção a uma postura de controle mais ingente, de caráter eminentemente sancionatório, dilapidando diferenças estruturais entre a sanção administrativa e a penal.[153] Também o Direito civil, com as ações civis públicas, de cunho cominatório, pretende adotar uma agressividade de controle social que impõe gravíssimas restrições de direitos.

Pior ainda é o fato de que esses dois ramos do direito – mais o civil que o administrativo – atuam partindo de um modelo jurídico com supressões de garantias à ampla defesa, à presunção de inocência e tantas outras que já estão, em muito maior medida, assentadas no campo do direito penal.

Todo esse quadro contribui para uma mistura de tintas quase que absolutamente indissociável, que conduz a uma certa pertinência da crítica lançada por Tiedemann no sentido de que o Direito penal tem perdido o caráter subsidiário.

Um erro, no entanto, não pode justificar o outro. O que está havendo não é a falência da ideia de subsidiariedade, senão o seu vilipêndio através de uma lamentável fraude de etiquetas.

É possível chamar o controle social mais grave exercido pelo Estado de Direito penal, de Direito administrativo, de Direito civil, até mesmo de liquidificador ou de abajur, se quisermos! Isso não desnatura o fato de que está aí presente o mecanismo mais grave de que o Estado dispõe para a ingerência na vida do cidadão. Como tal, esse mecanismo deve gozar da melhor estrutura de garantias. Essa é uma máxima da qual a evolução social da humanidade simplesmente não pode prescindir. Isso é inegociável. Já, por outro lado, se vamos produzir o abandono do *Direito penal* por algo melhor do que ele, como queria Radbruch, ou se vamos avançar e chamar tudo de *Direito civil*, pouco importa. O importante é que as intervenções mais graves estejam *pari passu* com as garantias mais afirmadas.

Se, como parece ser, as garantias fundamentais contra a intervenção de controle estatal ainda não estão completamente afirmadas em outros âmbitos do direito e se a sociedade – ao menos a brasileira – ainda não pode prescindir de graves intervenções e restrições dos direitos elementares dos indivíduos, há de manter-se o direito penal como representativo dessa forma mais grave de controle social.

A tarefa passa a ser a de melhor delimitar o campo de atuação do direito penal que importa em uma óbvia migração e atualização. Importa, por exemplo, na conversão dos chamados Juizados Especiais Criminais em Juizados Especiais Administrativos, importa na redução qualitativa das intervenções penais nas pretensões de ofensas de bens jurídicos coletivos, através de uma imposição restritiva da seleção de intervenção e, ao mesmo tempo, importa no fim da relutância da imposição de sanções penais às pessoas jurídicas, que compõem, sem dúvidas, um dos maiores focos de atividade criminosa do nosso tempo.

Por outro lado, impõe-se, ainda, o abandono em favor da instância penal, da

parte mais agressiva do direito administrativo e do direito civil coletivo, com vistas a permitir que as intervenções graves a direitos fundamentais de lá emanadas sejam postas a par da estrutura mais sólida de garantias oferecida pelo direito.

Resulta falsa a identificação de uma *expansão do Direito penal.* O Direito penal só se *expandiria* se não deixasse para trás o *entulho* derivado da evolução social. Há muito mais itens que o Direito penal deveria abandonar para outras instâncias do que itens que ele deveria assumir sob seu exercício de controle. Assim, o processo seria de uma *migração* e não de uma *expansão*. Do mesmo modo, as instâncias administrativa, civil e laboral de controle social jurídico deveriam igualmente *migrar*, para assumir, por um lado, uma boa parte do recorte de objeto da instância penal, e por outro, para entregar a esta o pedaço mais agressivo dos seus mecanismos de controle.

O momento atual é de migração das instâncias jurídicas, impelida pela velocidade vertiginosa das mudanças sociais. O caminho proposto é o único que, agarrado à construção histórica das garantias, impõe restrições às mudanças que se resumem apenas às aparências.[154]

2.3 Critérios de determinação do princípio de intervenção mínima

Sob a errônea denominação de *princípio de bagatela* ou *princípio da insignificância*, a doutrina e os Tribunais brasileiros têm começado a dar guarida às ideias relativas à intervenção mínima, porém, não sem tropeçar em dificuldades provocadas, por vezes, por uma falta de exata compreensão do princípio e outras, pela dificuldade em livrar-se de idiossincrasias de um passado atrelado a uma concepção de Estado de cunho discriminatório e ditatorial.

Isso tem prejudicado, por um lado, a uniformização terminológica quanto ao tema e, por outro, a firmeza de critérios hermenêuticos para sua aplicação.

Sem pretensão de esgotamento de ambos os aspectos, resulta necessário, ao menos, propor uma linha de discussão para a afirmação dos temas.

Em primeiro lugar, a questão terminológica.

Parece completamente fora de lugar falar em *princípio da insignificância* ou

princípio de bagatela, eis que se está referindo a um princípio orientador da intervenção penal. Assim, a ideia transmitida pelo uso das referidas expressões, a uma, minimiza o valor e a importância do tema, a duas, não expressa corretamente o seu sentido e orientação.

A minimização do valor e da importância do tema dá-se porque foneticamente se associa o princípio a uma questão desprezível, bagatelar, insignificante, quando, na verdade, ela ocupa o foro central de filtragem político-criminal.

Em contraposição, a expressão *princípio de intervenção mínima*, ao tempo em que afirma a intervenção, a limita, deixando clara a necessidade de discussão axiológica da medida político-criminal de intervenção penal.

A deturpação do sentido e orientação da questão, derivada das expressões *bagatela* ou *insignificância*, é óbvia. Passa a errônea impressão de que a discussão é sobre a incriminação ou não de bagatelas ou de aspectos insignificantes da vida social. Pior que isso, induz à conclusão de que o objeto material sobre o qual se debruça o intérprete é o determinante único da necessidade de intervenção penal, gerando, por vezes, quando associado a uma necessidade positivista atávica que ainda contamina, de modo especial, a práxis forense brasileira, em decisões que referem expressamente à necessidade de fixação objetiva, por exemplo, de valores de referência para crimes patrimoniais.

Contrario sensu, a adoção do termo *intervenção mínima* dá a exata medida e os precisos contornos do princípio, posto que se trata de expressar que a intervenção penal é reservada, seletiva, mínima em face das circunstâncias e não vinculada a critérios objetivos, menos ainda a valores.

No que tange aos critérios, desde logo, a desorientação é barbara, chegando ao cúmulo de apontar para um verdadeiro direito penal de autor, levando em consideração as condições pessoais e os antecedentes do réu para rechaçar ou aceitar a aplicação do princípio.[155] Seria bastante curioso submeter a Corte à consideração de uma hipótese idêntica onde em concurso de pessoas com o réu, outro agente completamente primário e de bons antecedentes cometesse o crime. O Tribunal, seguindo seu critério interpretativo, ver-se-ia forçado a reconhecer o injusto apenas

para um dos dois agentes!

No Brasil, há fartos precedentes jurisprudenciais oriundos do Superior Tribunal de Justiça, encarregado da interpretação da Lei Federal, no caso, do conflito entre regra e princípio. De maneira geral, a maioria dos julgados tem apontado para alguns *vetores* interpretativos, elencados, por vezes,[156] da seguinte forma: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão.

Essas balizas claramente não condizem com as ideias fundantes do princípio, algumas vezes sobrepondo-se e outras vezes, simplesmente mostrando-se completamente inócuas, gerando até mesmo distorções interpretativas graves. As ideias – claramente superpostas – de mínima ofensividade da conduta do agente, de nenhuma periculosidade social da ação, e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento têm sido interpretadas, especialmente pelos Tribunais dos Estados, mas também, em alguma medida, na própria Corte Superior, de modo absolutamente errôneo, como a possibilidade de averiguação de toda a conduta social do agente, chamando à determinação da existência do fato criminoso aspectos relativos à pessoa do réu em um verdadeiro Direito penal do autor.

No que tange ao critério de "inexpressividade da lesão", ele não diz nada mais do que o óbvio. O importante é saber o que torna a lesão inexpressiva. Como nada fica definido pelo critério, às vezes, de modo absolutamente equivocado, aparecem julgados levando em consideração, para o efeito de aferição da lesividade, o fato de que o crime foi tentado.[157] Ora, isso é absolutamente irrelevante para a afirmação do tipo de ação e do próprio injusto, em face da tipicidade derivada que possui a tentativa. De outro lado, em raríssimas ocasiões se vê presente considerações a respeito do significado do objeto material para a vítima,[158] este sim um aspecto decisivo na determinação da aplicabilidade do princípio.

Em resumidas contas, é possível dizer que o princípio de intervenção mínima não se prende exclusivamente ao bem jurídico, ao seu valor objetivo intrínseco, econômico ou não, nem tampouco às características pessoais do agente, eis que os

princípios penais não podem ser cunhados com o deliberado propósito de agravar ainda mais a discriminação que já é intrínseca ao processo de criminalização e conformação de suas regras.

Assim, o que deve ser tomado em consideração é precisamente o valor do bem jurídico atingido para o desenvolvimento da vítima no contexto social.

A primeira coisa a ser observada é se o bem jurídico em questão inscreve-se entre aqueles cuja proteção é fundamental para o desenvolvimento social do indivíduo, como por exemplo, a vida, o patrimônio ou a liberdade sexual. Não seriam fundamentais, e nem suscetíveis de incriminação, por exemplo, as ofensas ao senso estético ou a dissensão de opinião.

A existência de uma ofensa a um bem jurídico fundamental, porém, não basta. Entra aqui o segundo requisito: esse bem jurídico fundamental deve ter sofrido um ataque grave o suficiente, ou seja, intolerável. Por exemplo, o patrimônio – que é bem jurídico fundamental – pode ser atacado tanto por um roubo quanto pelo inadimplemento de um contrato de aluguel. A diferença é que no primeiro, o ataque é abrupto e violento, não podendo ser suportado por outras instâncias de controle social, jurídico ou não. Ao contrário, no segundo, um contrato e as regras de direito civil são capazes de dar resposta satisfatória ao locador.

Além da gravidade do ataque poder ser analisada segundo sua dimensão qualitativa, também há de ser observada desde um ponto de vista quantitativo. Por exemplo: um furto é um ataque sorrateiro ao patrimônio, em princípio intolerável, porém, a expressão quantitativa dessa agressão há de ser relevante para o desenvolvimento patrimonial da vítima. É, sem dúvida, diferente para o desenvolvimento patrimonial da vítima, por exemplo, se alguém que ganha salário-mínimo tenha subtraída sua motocicleta e que seja subtraída sua caneta esferográfica, de valor ínfimo. Somente no primeiro caso haverá verdadeiramente furto.

Isso significa, naturalmente, que a vítima desempenha aqui papel fundamental. Vítimas diferentes podem sofrer iguais lesões de bens jurídicos e, em um caso, esse fato consistir em crime e, em outro, não. Isso em função da aplicação ou não do princípio de intervenção mínima na exata medida em que a ofensa ao bem jurídico

represente uma violação intolerável ao desenvolvimento da vítima.

Por exemplo, o fato de que tenha havido um crime de descaminho, em que alguém deixou de recolher um tributo incidente sobre a aquisição de um aparelho de som no Paraguai que foi trazido oculto para o Brasil e, *a posteriori*, descoberto, aflige de modo ínfimo o direito da União à arrecadação tributária. O mesmo valor nominal do tributo sonegado, porém, pode ser o de uma bicicleta, com a qual um ambulante faz entrega de frutas. Se essa bicicleta for alvo de furto, certamente não será afastada a responsabilidade pelo princípio de intervenção mínima.

Aliás, a respeito de toda a incidência penal em matéria fiscal é necessário ter em conta o aspecto da subsidiariedade. Independentemente da discussão sobre se o bem jurídico é o patrimônio público ou o direito à arrecadação tributária, o princípio de intervenção mínima revela claramente que o Direito penal aqui não tem lugar, a pena não cumpre qualquer função e obviamente não faz controle social do intolerável.

Em primeiro lugar, porque se o bem jurídico é o patrimônio público da União, do Estado ou do Município, este deve ser atingido de modo grave no que tange ao desenvolvimento orçamentário da unidade federativa correspondente. Já aqui, a comparação desses patrimônios públicos com o valor da imensa maioria dos casos de sonegação revelaria a necessidade da aplicação do princípio de intervenção mínima, subtraindo o fato da análise jurídico-penal. Se, ao contrário, o bem jurídico é o Direito do ente público à arrecadação tributária, haveria de perquirir se isso representa mesmo um direito coletivo por trás do qual seria possível a identificação de um bem jurídico individual. A rigor, a distância dos interesses, no caso, é tal, que à luz da adoção da teoria monista personalista do bem jurídico,[159] esta seria uma tese dificilmente sustentável.

De qualquer modo, ainda que se considere possível salvar a questão do bem jurídico, o tema não resistiria, em nenhum caso, à subsidiariedade. Isso porque é sabido que em termos fiscais, o lançamento tributário tem presunção de legitimidade, conduzindo a um processo de execução de rapidíssima mora e facilidade de apreensão de bens e recuperação do capital que, afinal, é o que se pretende com o controle social em matéria tributária, quer seja protegendo o patrimônio público, quer

seja protegendo o direito à arrecadação. A rapidez e eficiência do Direito administrativo, no caso, são inegáveis. Ainda mais, se comparadas, nesse sentido, com a paquidérmica atuação do Direito penal. Afinal, a recuperação do valor sonegado ou do direito a haver a arrecadação pretendida somente advirá como efeito secundário do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que identificado concretamente como proveito do crime e referido expressamente pelo juiz (art. 91, inciso II, alínea *b*, do Código Penal).

Resta claro que aqui o Direito penal cumpre um papel meramente simbólico, incompatível com sua relevância para o sistema de controle social.

Portanto, os requisitos para a aferição da hipótese de incidência do princípio de intervenção mínima são: (a) o reconhecimento de que o caso reflete um ataque a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento da vítima em sociedade; (b) que esse ataque foi grave o suficiente para justificar que a última instância de controle social penal entre em ação. Essa gravidade, por sua vez, deve ser medida tendo em conta: (b1) a classe de violação realizada, em face de sua tolerabilidade social; (b2) a intensidade do prejuízo ao bem jurídico da vítima em face de suas condições pessoais; (b3) se o emprego do Direito penal, na hipótese concreta, não é meramente simbólico, diante da melhor e mais eficaz possibilidade de solução do problema social por outra via.

2.4 Efeitos do princípio de intervenção mínima

São inumeráveis as consequências da adoção do princípio de intervenção mínima nas distintas vertentes do Direito penal.

A primeira questão que salta aos olhos é a dimensão de respeito ao ser humano. O Direito penal está pensado em termos do homem e atua sob a forma de um mal que é imposto a esse mesmo homem. O castigo, em nenhum caso, pode ultrapassar os limites mínimos de dignidade humana. Ele se expressa, por exemplo, no âmbito da pena, com a abolição das penas infamantes como as galés, os suplícios etc.

Assim, também parece contrário ao princípio de intervenção mínima, no que respeita à humanidade, o uso que ainda se faz da *pena de morte*.[160] A abolição da

pena de morte foi –[161] e uma vez que ainda segue sendo aplicada em alguns países –, é e deve ser um propósito do programa de Direito penal baseado na intervenção mínima em sua expressão político criminal.

Na opinião de Albin Eser,[162] "a pena de morte resulta já quase indefensável desde a perspectiva tradicional dos *fins da pena*." Isso porque evidentemente a prevenção especial resta abandonada na medida em que com "a eliminação física do delinquente se impossibilita na raiz sua eventual reeducação". A ideia de prevenção geral, em sua vertente positiva, exporia "a debilidade do Estado correspondente", já que este comprova não ter "outra forma de dominar o delinquente que não seja precisamente mediante sua eliminação física". E finalmente, não se pode falar nem mesmo de prevenção geral negativa, pois,

> "quando o Estado só crê possível lograr a intimidação entregando à morte a um ser, afinal totalmente indefeso frente àquele, [...] se manifesta uma vez mais a debilidade [...] do Estado. A *prepotência exterior* demonstrada frente ao indivíduo condenado a morte, através de todo o aparato de execução técnico e pessoal, apenas pode ocultar a *impotência interior* frente à coletividade".

Mais do que isso, a questão da intervenção mínima tem uma conexão central com a ideia da própria organização da sociedade segundo as máximas do contrato social, que impede completamente a pena de morte, ao contrário do que indicou, em seu momento, algum contratualista.[163] Claro está que haveria de contextualizar o período em que as tais bases teóricas foram lançadas, e uma visão atualizada do tema traz comprovações lógicas de que a organização social na dinâmica do contrato exclui a possibilidade da pena capital.

O raciocínio é simples. Em primeiro lugar, a reunião das pessoas em contrato social presume que cada uma delas ceda a mínima parcela de seus direitos para que um ente gestor denominado Estado possa gerir a proteção de todo o resto desses direitos. O Estado, então, existe simplesmente para ocupar o posto de um gestor de direitos alheios, pertencentes aos indivíduos. Como bem refere Aquiles Mestre, "é o

Estado quem existe para o indivíduo, e a vontade deste último não deve nunca ser aniquilada pelo Estado"[164]. O Estado tem a posse, precária, de alguns direitos – a mínima parte – das liberdades individuais. No cumprimento de sua tarefa de regulamentação social, portanto, ele proíbe atentados contra os direitos dos indivíduos. Obviamente, o direito mais fundamental que qualquer indivíduo tem é o direito à vida. Sendo assim, no afã dessa proteção, e no uso das atribuições e dos direitos que lhe cabe gerir, o Estado proíbe o homicídio, ou seja, o vilipêndio da vida alheia. Nesse caso, todos os cidadãos, embora ainda detentores da maior parcela de seus direitos, não têm a liberdade de matar. Pergunta-se: por que o Estado, que detém de modo precário apenas uma parcela ínfima desses mesmos direitos, poderia arvorar-se no direito de impor a morte de alguém? É absolutamente impossível. Sequer cabe o argumento de que o Estado detém os direitos de todos, portanto, resulta em algo mais forte, porque a oposição do Estado, em matéria penal, é sempre individual. Ou seja, trata-se sempre de sopesar entre o interesse coletivo que o Estado representa e o dever que exerce de punir e o direito que o indivíduo detém de evitar a punição. Trata-se, pois, sempre, de comparação de uma dimensão individual entre o direito concedido ao Estado e o direito do indivíduo, preservado, inclusive, pelo próprio Estado.

Com efeito, a pena de morte não tem mais espaço que ocupar no Direito penal de nossos dias e os Estados que ainda a mantêm sequer são dignos desse nome. Não se trata de que são Estados que perdem o caráter de democráticos, ou de Estados de Direito. É que perdem o caráter mesmo de Estado. São uma espécie de contradição governamental.

Atualmente, também faz parte do programa de Direito penal mínimo a luta contra a *privação de liberdade dessocializante*. Deve-se ter em consideração que as penas de encarceramento de curta duração não produzem ressocialização, mas, ao contrário, produzem, em maior ou menor medida, certa dose de dessocialização.

Sendo assim, um Direito penal obediente à ideia de intervenção mínima, um verdadeiro Estado social, deve ter em conta o processo de substituição progressiva da dimensão de sociabilidade que sofre o apenado e dos prejuízos sociais resultantes

disso. Não apenas para o condenado, mas para todas as pessoas que têm que conviver com alguém cuja capacidade de sociabilidade resulta prejudicada. Daí o avanço progressivo e louvável das substituições de encarceramento, tanto em termos de penas alternativas à prisão, quando de medidas cautelares de vigilância que não impliquem privação de liberdade. Pode-se afirmar, com segurança, que tais avanços são derivações do princípio de intervenção mínima.

No campo do processo penal, por exemplo, se deixou em tempos distantes o uso cotidiano da tortura como meio de investigação por ser atentatório contra a dignidade do homem. É certo que, nesses termos, existe uma recalcitrância permanente que insiste em lembrar a necessidade de levantar a voz, uma e outra vez, contra eventuais exceções que se queira implantar.[165]

De qualquer modo, a conexão do tema com a intervenção mínima não deixa dúvidas. Se o Direito penal só pode ocupar-se do controle social do intolerável, e se a análise processual se dá *a posteriori*, ou seja, depois que o fato já aconteceu, resta claro que o processo penal não pode pretender mais do que apenas demonstrar a responsabilidade sobre o que passou, atestando sua intolerabilidade e a necessidade ou não da aplicação de pena. Não cabe ao Direito nem ao processo penal a específica evitação de eventos delitivos. Esses mecanismos são imprestáveis para esse fim. Portanto, não há absolutamente nada que possa, nem remotamente, justificar a opção institucional jurídico-penal pela tortura.

Outro aspecto processual relacionado com a intervenção mínima é a recente expansão e os abusos contra direitos como a privacidade, através das escutas telefônicas, as vigilâncias por satélite e as quebras de sigilo. Evidentemente, aqui há um espaço para a investigação que deve ser admitida. Porém, seus limites hão de corresponder àquela intervenção essencial para a investigação que não rompa com garantias maiores que aquelas que se pretende preservar com a própria investigação. É uma clara questão de proporcionalidade.[166]

No campo da execução de pena, também tem cabimento a intervenção mínima, ainda mais quando se tem em mente as degradantes condições da maioria das prisões da América do Sul.[167]

Um dos efeitos principais da intervenção mínima no campo da execução da pena é a determinação absoluta da progressividade de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade em qualquer delito, uma vez que o Estado não pode furtar-se à consideração do caráter humano do apenado e à necessidade de que a intervenção privativa da liberdade limite-se ao mínimo imprescindível para a realização do controle social do intolerável. Por ser humano, o preso não pode ser submetido à deliberada degradação de sua cidadania. Assim, provada a dessocialização do cárcere, a mantença em permanente regime fechado implica na desistência de parte do Estado de seu dever ser preservação de cidadania do detido,[168] seja nacional ou estrangeiro.[169]

3 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O termo *culpabilidade* é empregado pela doutrina penal em vários sentidos. Primeiramente, se identifica a culpabilidade como uma *categoria dogmática* que faz parte do próprio conceito de delito. Nesse sentido, trata-se de um conceito meramente dogmático composto por elementos variáveis conforme a teoria o delito adotada.[170] Em um segundo sentido, a culpabilidade também costuma ser compreendida como um elemento de *graduação da pena*, onde se estabelece, sob o postulado da proporcionalidade, uma relação entre culpa e castigo.

A esses sentidos acrescenta-se o de um *conceito político criminal* e ao mesmo tempo de um *limite do âmbito do punível,* que "inclui ou pressupõe, por sua vez, os princípios de responsabilidade pessoal ou responsabilidade subjetiva, de responsabilidade pelo fato, da presunção de inocência e da individualização da pena".[171]

Tradicionalmente, a doutrina identificou este último sentido como *princípio de culpabilidade*. A rigor, observando-se mais detidamente, o conceito dogmático de culpabilidade e mesmo a mensuração de pena estão, de certo modo, compreendidos na ideia central de culpabilidade como princípio e derivaram, certamente, da evolução a respeito da concepção do termo jurídico *culpabilidade*.

Afinal, a culpabilidade como princípio pode ser compreendida também como

uma garantia contra os excessos da responsabilidade objetiva e também como uma exigência que se soma à relação de causalidade para reconhecer a possibilidade de impor pena.

Atualmente, o princípio de culpabilidade se identifica com várias funções que incluem a dimensão limitadora do exercício punitivo do Estado.

Segundo a doutrina unânime, ainda que não seja em um dispositivo específico, nossa Constituição Federal consagra implicitamente o princípio da culpabilidade,[172] como fundamento necessário da intervenção penal.

3.1 Origem do princípio

Diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a discussão sobre as origens do princípio de legalidade, a doutrina não pode se aventurar a buscar suas origens em remotas construções gregas ou latinas. O Direito dos povos da antiguidade, mesmo dos gregos, não conheceu a concepção de culpabilidade.[173] Em Roma chegou a existir um gérmen da ideia de imputabilidade ao eximir-se de responsabilidade penal por presunção de desconhecimento da lei as mulheres e os ignorantes,[174] porém, de modo geral, se punia a infração jurídica cometida tanto intencional como não intencionalmente,[175] de modo que não formou-se uma teoria geral da culpabilidade.[176]

As suas bases da culpabilidade se assentam no reconhecimento do ser humano como centro de decisão, coisa impensável para aquelas culturas e que só avançou a partir do Humanismo.[177]

A origem do princípio de culpabilidade, portanto, é a filosofia cristã própria da Idade Média,[178] e os conceitos de responsabilidade subjetiva aparecem em corpos jurídicos ao final da Idade Média, especificamente nas Ordenações Branbigensis e Carolina, que datam das primeiras décadas do século XVI.[179] Jescheck[180] comenta que "as raízes da culpabilidade residem na ciência penal italiana do fim da Idade Média e na jurisprudência comum dos séculos XVI e XVII que se construiu sobre aquela". Refere ainda[181] que a evolução que se seguiu a esse período esteve baseada, sobretudo, em um modelo de culpabilidade derivada do direito natural. "Neste ponto, foi Samuel Pufendorf (1634-1694) quem criou o primeiro enfoque suscetível de ser

desenvolvido por meio do conceito de imputação (*imputatio*).”[182] A capacidade de imputação significava então que uma ação pertenceria ao autor que livremente optou por ela, e nisso consistiria a base moral de reprovação do comportamento. O fundamento filosófico era evidentemente relacionado com a ideia de que Deus, criando o homem como sua imagem e semelhança, dotando-o de livre-arbítrio, permitia-lhe a opção por escolher entre o bem e o mal.

Entretanto, é certo que ainda no período medievo, houve uma forte presença da responsabilidade penal objetiva, somente superada com a proposta inicial da culpabilidade entendida pela teoria psicológica, defendida pelo pensamento Positivo Sociológico de Von Liszt,[183] que contou com inegável influência do Iluminismo, ainda que, sobre isso, discordem alguns autores.

A contestação do livre-arbítrio, promovida pelo positivismo na segunda metade do século XIX, “tornou insustentável o conceito de culpabilidade do Direito Natural que se construiu sobre o abuso daquela”.[184] É aqui que aparece o modelo de culpabilidade ligado a critérios psicológicos. Dado que dominava o critério de estruturação analítica do delito separando as partes em o que se acreditava fossem componentes objetivos e subjetivos, a culpabilidade era considerada esta última.[185] Segundo essa teoria, o delito se estuda considerando dois componentes: o *componente objetivo*, que analisa o injusto, que se ocupa da relação física (causa do resultado); e o *componente subjetivo*, que analisa a culpabilidade baseada na relação psíquica entre a conduta e o resultado.

Von Liszt identificava a culpabilidade com aqueles pressupostos subjetivos (dolo e culpa), junto aos quais tinham existência as consequências do delito. O conjunto de ambos constituía o delito. O “dolo” e a “culpa” seriam formas de conexão psíquica entre o autor e seu fato. Essa concepção foi trazida pelo forte predomínio naturalista tendente a encontrar dados empíricos próprios das ciências naturais para todos os conceitos jurídicos[186] e a todos os âmbitos do saber.[187]

Essa teoria enfrentaria alguns problemas não tão simples de resolver para o momento: a culpabilidade era apreciada como um aspecto subjetivo do tipo (o dolo). Enquanto existisse relação psicológica entre o fato e o resultado, existiria delito; não

se podia explicar por que, mesmo quando o autor atuasse dolosamente e, portanto, tivesse produzido uma relação psíquica com o resultado, se negaria sua culpabilidade se fosse um enfermo mental ou se encontrasse em um estado de necessidade. Ademais, era também discutível a responsabilidade que poderia ter o autor de delito que realizava a conduta premido por incontornável pânico diante de situação emergencial ou aquele que atuava premido por ameaças de terceiros. Tampouco se resolvia o problema da culpabilidade dos que atuavam em estado inconsciente, pois nesses casos não existe nenhuma conexão psíquica entre o autor e seu fato. Entretanto, dada a acentuada influência do naturalismo, admitia-se que na culpa inconsciente não se quer a lesão, mas prevê-se sua possibilidade. Com isso, a imprudência não teria seu fundamento em uma relação psíquica efetiva com o resultado, mas em uma probabilidade ou suposição ou projeção.[188]

Ante esses problemas, nos trabalhos de Hellmuth von Weber e de Hanz Welzel nos anos 30 do século XX, o dolo e a culpa foram extirpados da categoria culpabilidade e transportados para a própria conduta humana, adquirindo a teoria do delito uma nova estrutura analítica, situando o dolo e a imprudência no tipo do ilícito, tratando de uma tipicidade subjetiva.[189]

Com todos esses processos históricos, a dogmática adquiriu novo giro. Apareceu o modelo normativo de culpabilidade, dominante até os dias de hoje.[190]

A culpabilidade passou a ser entendida como *reprovação* pura (culpabilidade normativa), implicando um juízo de valor dirigido ao autor. Tenha-se em conta que embora a culpabilidade se reconheça como uma reprovação ao autor, ela não perde a vinculação com o fato. A culpabilidade é *do autor* e *em relação ao fato* e não simplesmente uma reprovação ao autor pelo que ele é. Assim como na antijuridicidade se mostra a ação como contrária a uma norma legal de comportamento, que implica em um juízo valorativo negativo sobre a ação como tal, na culpabilidade se decidiria se a ação antijurídica pode ser reprovada ao autor e, por conseguinte, implicaria um juízo valorativo negativo sobre o autor pelo injusto praticado. Para essa teoria (teoria normativa da culpabilidade), a essência do conceito de culpabilidade consiste em fazer ao autor a reprovação de haver atuado

contra o Direito tendo podido fazê-lo em conformidade com ele. Jescheck[191] comenta que inclusive esse conceito cristalizou-se na Jurisprudência Alemã do Tribunal Supremo através da ideia de que “a pena pressupõe culpabilidade. Esta última significa reprovabilidade. Com o juízo de desvalor da culpabilidade ao autor se reprova não ter ele atuado conforme o direito, isto é, ter decidido pelo injusto, apesar de ter podido não fazê-lo”.[192]

Porém, a transformação dogmática da culpabilidade não extirpou do princípio a negação da responsabilidade meramente subjetiva. Mesmo com o dolo e a culpa sendo investigados dogmaticamente a partir de outras categorias delitivas, segue sendo limitada a intervenção penal a partir da necessidade de afirmação da existência de uma dimensão subjetiva na atribuição de responsabilidade. Ninguém passará a ser perseguido ou castigado senão só pelas consequências *queridas* ou *previsíveis* de seus próprios atos.[193]

Por isso, há quem sustenta[194] que se o “dolo ou a culpa não pertencem à culpabilidade, mas à parte subjetiva do injusto típico, e que constituem graus diversos do desvalor subjetivo da ação, então não é coerente designar à exigência do dolo ou culpa “princípio de culpabilidade”, mas sim “princípio de responsabilidade subjetiva” (por contraposição à objetiva).

3.2 Momento atual do princípio de culpabilidade

É comum a referência, atualmente, a que o princípio de culpabilidade e, por conseguinte, o próprio conceito de culpabilidade como categoria delitiva, está enfrentando uma de suas maiores crises. A respeito, García-Pablos de Molina sustenta que

> “o conceito de culpabilidade é, não obstante, um conceito paradoxal em estado permanente de crise. Tardou séculos em consolidar-se e aceitar-se como princípio jurídico--penal fundamental[195] e, contudo, em uns poucos anos se converteu para muitos em uma imprecisa categoria metafísica, supérflua e inclusive nociva”.[196]

No mesmo sentido, Schünemann noticia que o fenômeno de renúncia à categoria referencial da culpabilidade, que já teria se assentado em alguns âmbitos jurídicos como o escandinavo, estaria igualmente se manifestando no cenário jurídico alemão.[197]

Há, porém, diferentes perspectivas através das quais é possível enxergar a mencionada crise e, qualquer modo, continua sendo fundamental afirmar a culpabilidade como garantia de não incriminação.

Assim, porque não é possível permanecer alheio às modernas discussões, cumpre dar notícia das tendências mais relevantes a respeito da matéria e também fixar bases úteis para o sistema de imputação a partir desse princípio.

3.2.1 A origem da crise: determinismo × livre-arbítrio

Com efeito, desde que Franz Von Liszt, no ano de 1881, definiu o delito como um ato antijurídico culpável ao qual é cominada uma pena,[198] o conteúdo da culpabilidade atravessou diferentes concepções, chegando até nossos dias como "*uma reprovação de um injusto penal*", o que significa um juízo de valor dirigido contra o autor pelo ilícito praticado. Há algum tempo, o fundamento material da reprovação era constituído pelo "poder atuar de outro modo", que nada mais é do que uma expressão que contém a ideia de livre-arbítrio.

Ocorre que as investigações de ordem empírica, de fundo criminológico, e as diversas correntes filosóficas contrapostas ao modelo teológico medieval que amparou o Direito Natural puseram objeções severas à ideia de liberdade de escolha como fundamento do reconhecimento da culpabilidade.

A circunstância analítica do processo, que é uma operação *a posteriori*, não permite mais do que uma reprodução apenas parcial das circunstâncias. A reprodução processual, para responder a uma verdade absoluta, necessitaria voltar a colocar a pessoa, como individualidade idêntica, nas mesmas circunstâncias em que se desenvolveu o fato para poder valorar precisamente suas opções. Ocorre que a dinâmica do tempo não permite que se repita o evento com fidelidade absoluta. A uma porque a circunstância *tempo* não é repetível no processo e, portanto, os dados

sociológicos e históricos como condicionantes da análise são outros; a duas, porque o próprio sujeito é outro, pois guarda suas memórias e encontra-se em constante mutação.[199]

Resumidamente, é possível dizer que a crise do princípio de culpabilidade, identificada pelos autores, está relacionada à impossibilidade ou dificuldade de comprovar que o agente, no caso concreto, poderia ter atuado de outro modo, ou seja, poderia ter obedecido o ordenamento jurídico.

A eventual admissão dessa impossibilidade de demonstração conduziria à renúncia da culpabilidade como fundamento e também como baliza da pena, pois se não é possível demonstrar que o sujeito poderia ter agido de outro modo, tampouco é possível responsabilizá-lo por sua escolha e, se não é possível mensurar as opções que tinha à sua disposição, menos ainda é possível determinar a carga penal que lhe corresponde.

Assim, aparece um questionamento severo dos próprios fundamentos da culpabilidade baseados na reprovação de uma escolha livre, a partir da ideia de que essa liberdade ou não existe, ou é apenas relativa.

3.2.2 Uma fraude de etiquetas

Em substituição à ideia de reprovação, parte da doutrina[200] sugere o rechace do conceito tradicional de culpabilidade substituindo-o pelo de *"motivabilidade normal"*, por entender que cumpre melhor com a função limitadora.

Gimbernat Ordeig,[201] por exemplo, parte da comparação entre a distinção que o Direito faz entre os alienados mentais e as pessoas consideradas "normais", para concluir que a diferença fundamental entre ambos é a possibilidade de motivar-se pela norma, pois a conclusão pela pena dependerá sempre de que a norma tenha sido, em face do sujeito, um fator inibidor prévio.

Nesse sentido, o comentário de García-Pablos:

> "Nos últimos anos se abriu passo a outro conceito de culpabilidade impulsionado por disciplinas empíricas que estudam o comportamento

> humano e os processos de motivação. A teor deste, não importa já a existência ou inexistência do livre-arbítrio – se o sujeito pode ou não pode atuar de maneira distinta a como fez – se não se pode atribuir o fato ao seu autor (imputação subjetiva), e em que medida cabe fazê-lo: culpabilidade é, então, sinônimo de normal motivação do autor".[202]

Contudo, parece que esse posicionamento em nada difere da ideia de reprovabilidade, constituindo uma mera fraude de etiquetas. O fundamento de reprovação baseado na "*possibilidade de atuar de outra maneira*" significa exatamente o mesmo que a "*capacidade de motivar-se normativamente*".

Vives Antón[203] comenta que "situar o fundamento da culpabilidade não no indemonstrável 'poder atuar de outro modo', mas na 'motivabilidade normal' não nos permite, em absoluto, escapar do dilema" da sua indemonstrabilidade.

No mesmo sentido, Pérez Manzano refere que

> "os partidários da teoria da motivação solucionam a questão de sua determinação da mesma maneira que os normativistas: partindo de uma presunção normativa – todos os normais são motiváveis ou todos os não normais não são motiváveis – portanto, atribuem, não constatam, a possibilidade de motivação do homem normal".[204]

Também Carbonell Matteu ressalta a similitude de ambas as perspectivas:

> "A afirmação de que um sujeito que podia e devia motivar-se pela norma e não o fez, tendo assim cometido uma conduta delitiva, equivale a dizer que o sujeito podia e devia levar a cabo uma conduta distinta da que efetivamente realizou; ou seja, que o sujeito era livre para decidir se levava a cabo esta ou outra conduta, esta adequada à norma. Pois bem, a denominada concepção normativa da culpabilidade faz descansar esta na liberdade do sujeito para decidir entre atuar de um modo ou de outro. Sendo assim, uma vez que o sujeito tenha atuado contra o Direito, pode

> resumir-se a pretensão da concepção normativa da culpabilidade justamente em que o sujeito podia e devia ter atuado conforme o Direito. Tudo isso descansa na mesma ideia de liberdade da vontade."[205]

Assim, desse ponto de vista, remanesce insolúvel a questão posta pelo determinismo em face da liberdade de vontade.

3.2.3 As verdadeiras raízes da crise da culpabilidade

As raízes da chamada *crise da culpabilidade*, quando vistas mais de perto, revelam-se como transcendentes ao problema jurídico. Trata-se, na verdade, da crise do próprio determinismo, como baliza que serve ao ordenamento jurídico.[206]

Isso não só diante da demonstração da incerteza causal[207] no campo das ciências naturais, mas também pela presença, inclusive em análises filosóficas, de dificuldades de afirmar inclusive o que é o determinismo.[208]

Basicamente, se aceita a tese de que o determinismo traduz a ideia de que as ações humanas não dependem de escolhas humanas, mas encontram-se previamente condicionadas.

Vives Antón[209] realiza interessante análise crítica do determinismo tanto do ponto de vista físico quanto lógico.

Do ponto de vista físico, a questão toma contornos absolutos, pois admitir o determinismo físico significa a afirmação de que o mundo empírico é comandado por leis físicas predeterminadas e condicionamentos absolutos e imutáveis. Assim, o mundo externo constituiria um sistema fechado de matéria e energia autoexplicativo e absolutamente previsível, a partir de que se domine os conhecimentos físicos adequados.[210]

Admitido tal ponto de vista, seria forçoso descartar não somente a culpabilidade, mas qualquer responsabilidade penal por qualquer fato, pois tudo estaria absolutamente predeterminado, não havendo qualquer razão para atribuir nenhuma classe de responsabilidade. Nas palavras de Vives, "o mundo da vida acabaria reduzido à mera aparência de um sistema físico".[211]

Evidentemente, se não por outras razões, essa postura há de ser rechaçada por seu radicalismo e, de consequência, porque não se sustentaria qualquer tese jurídica em face de sua admissibilidade.

Mas Vives Antón dirige sua crítica também contra o determinismo desde um ponto de vista lógico, tal como desenvolvido por Hume.[212] Comenta Vives Antón[213] que a versão de determinismo defendida por Hume parte de que a necessidade é algo que existe na mente do sujeito e não no objeto. Assim, o que pensamos ser a necessidade condicionante das reações humanas não é mais do que nossa própria impressão derivada da uniformidade observada nos acontecimentos da natureza, ou seja, deriva de nossa observação sobre a repetição de resultados idênticos ocorridos a partir de pressupostos idênticos. Com isso, costumamos inferir mentalmente a conclusão sobre a *necessidade* a partir da aparição dos pressupostos que levam a ela. Isso deriva de que nosso raciocínio se produz tanto de modo dedutivo – partindo do geral para o particular – quanto de modo indutivo – partindo do particular para o geral. Essa forma de raciocínio expressa uma necessidade lógica que une causas e consequências.

Refere ainda Vives Antón[214] que para Hume, a mesma forma de análise dos objetos deve ser empregada para as ações humanas, já que, ainda que a pretensa *liberdade* do homem possa derivar de um querer, esse querer também estaria sujeito a causas, portanto, mesmo que pensemos que nosso agir está sujeito à nossa vontade e nossa vontade não está sujeita a nada, um observador externo poderia sustentar que nossa vontade está sujeita ao nosso caráter, a nossa situação de vida, a nossos motivos etc., de tal modo que, de posse desses dados, ele poderia inferir perfeitamente qual seria a ação praticada.

Conclui Vives Antón[215] que tanto o determinismo físico quanto o determinismo lógico, por seu absoluto rigorismo, são devastadores para a compreensão da responsabilidade penal, porém, ambos são absolutamente problemáticos e insustentáveis.

As duas objeções ao determinismo lógico de Hume e, como consequência, à sua aplicação ao direito e à análise da culpabilidade são derivadas de que seus

pressupostos, na verdade, são *ilógicos*.

Isso porque, para uma aplicabilidade geral, os próprios pressupostos do determinismo lógico são imprestáveis. Admitindo-se partir da ideia de que uma conjunção de fatores constante pode levar à conclusão de que o resultado se repetirá, o que é possível afirmar em uma situação em que a conjunção de fatores é inusitada? Não deveria a lógica determinista ficar restrita àquelas situações já comprovadas empiricamente?

A pretensão de universalidade do determinismo lógico pretende salvar essa objeção afirmando que o que ocorre nos casos em que não exista a experiência prévia é uma falta de conhecimento e não uma falta de consequência lógica. Ora, então, o próprio determinismo deixa de ser absoluto, porquanto não se baseia em uma relação de causa e efeito comprovada pela experiência, mas apenas na fé de que essa lógica seja universal.

A segunda oposição, também elementar, diz respeito à proposta de Hume de analisar as ações humanas a partir da mesma lógica determinista que rege os objetos, sob o argumento de que as vontades, ainda que produzidas na mente, tampouco são livres, mas são também determinadas por fatores externos.

Ocorre que as *relações constantes* de causa e efeito que Hume pretende transportar dos objetos para as ações humanas não são apenas condicionadas por uma vontade interna determinada por fatores causais. Nas palavras de Vives Antón, enquanto que "entre os objetos naturais existe uma mera conjunção constante",[216] nas ações os resultados são produzidos de modo diferente, posto que "entre o motivo ou o desejo e a ação, existe, além de tudo, uma dimensão de sentido".[217] Essa *dimensão de sentido* não é algo precondicionado por uma relação linear de causa-efeito, mas por uma relação circular, onde "o efeito é, também, causa daquilo que é efeito".[218] Traduzido em termos mais simples: a inferência a respeito dos motivos de uma determinada conduta deriva não de uma relação das causas que formaram os motivos, mas os próprios motivos são dedutíveis das circunstâncias em que ocorre a conduta. Ou seja, conduta e motivo são simultaneamente determinantes e determinados. Isso demonstra que as condutas não seguem a mesma lógica dos meros acontecimentos.

Daí a pertinência da crítica de Vives Antón:

> "Ao medir com a mesma régua os fenômenos da natureza e os processos intencionais (as ações), Hume dá um tratamento unitário a formas de conhecimento bem distintas: o conhecimento teórico com o qual, por meio da experiência explicamos os fenômenos naturais e o conhecimento intencional, que possuímos em virtude de que nos encontramos imersos em uma forma de vida."[219]

Evidentemente, não é possível considerar de modo igual a relação de determinismo entre a afirmação de que amanhã choverá ou de que o sol estará a pino ao meio-dia, ou de que haverá lua cheia na semana que vem e as predições de que amanhã vou encontrar um emprego ou de que acertarei todas as questões da prova.

Isso fica ainda mais evidente quando se traz essas conclusões para o campo do direito, incluindo na relação de conduta um avaliador. Em sendo a realização do direito um procedimento de atribuição de responsabilidades, a análise da conduta compete a um terceiro observador que também produz uma relação de interdependência com o fato observado, de modo que há outra variável mutuamente condicionante entre o fato incriminado e o sujeito incriminador. Aquele que vê uma pessoa dirigindo vários impropérios a outra pode concluir, a partir das circunstâncias em que se desenvolve o fato, de que está ocorrendo uma injúria ou de que aquele que fala está narrando uma história, incorporando um personagem e, nem sempre, essa conclusão estará conforme o que pretendeu o agente ou mesmo ajustada ao que ocorreu de fato. Ou seja, a raiz do problema reside na concepção de mundo que deriva de uma linguagem expressada por uma ação. O *quadro de mundo* composto a partir da linguagem das ações que podem ser atribuídas a um autor imprescindem do ponto de partida da liberdade de ação. A liberdade de ação é um pressuposto de organização da definição da própria ação como algo que pode ser atribuído a um autor.[220]

Assim, a pretensa lógica determinista contém falhas evidentes, inclusive de sentido lógico. De qualquer modo, a aceitação da hipótese determinista conduz a duas

opções igualmente insustentáveis: ou se renuncia à ideia de que a possibilidade de atuar de outro modo é o que fundamenta a reprovação penal, ficando sem qualquer referência para tal reprovação; ou se preserva a ideia de que a reprovação penal se dá porque o sujeito poderia agir de outro modo, admitindo, porém, que esse critério é absolutamente inseguro, indemonstrável e, como tal, inaceitável.[221]

Por outro lado, a recusa ao determinismo não oferece, por si mesma, opções. A única coisa possível de afirmar é que a liberdade de vontade parece condição indispensável para a afirmação da própria existência do direito.

Nesse sentido, a observação de Hassemer:

> "É possível considerar como um acerto que a dogmática da culpabilidade se tenha desvinculado da polêmica da liberdade de vontade. Não creio que o direito penal e a vida cotidiana pudessem subsistir sem a ideia de liberdade de vontade, nem que as relações humanas em geral ou as conformadas juridicamente, possam existir ou ser entendidas a partir da hipótese determinista da direção causal. Creio, isto sim, que também no âmbito do direito, sempre pensamos antecipadamente na liberdade dos demais e que essa liberdade é condição (ainda que transcendental) da possibilidade, não só de uma comunicação humana, mas também de qualquer comunicação interpessoal."[222]

Resulta daí, ao menos, a afirmação de que o determinismo é incompatível com o direito e a liberdade de vontade, como critério absoluto, não se liga à ideia de culpabilidade, porque também indemonstrável. Como afirma o mesmo Hassemer, "a polêmica sobre a liberdade de vontade é, portanto, totalmente irrelevante para o princípio de culpabilidade, porque inclusive uma posição indeterminista é incapaz de ajudar a oferecer um fundamento de reprovação para a culpabilidade".[223]

Sendo assim, conclui-se que a análise sobre a mencionada *crise da culpabilidade* é, na verdade, um falso problema,[224] um problema derivado da oposição que se faz à liberdade de vontade a partir do determinismo, com base em critérios absolutamente ilógicos. Na correta observação de Vives Antón, a polêmica

com o determinismo resulta em vão. Trata-se de “uma viagem para a qual não são necessários alforjes, porque ela nos deixa exatamente onde estávamos, ou seja, ante a impossibilidade de provar a liberdade concreta do concreto autor”.[225]

3.2.4 Algumas propostas de solução

Assim, há que ser superada a discussão sobre o determinismo × indeterminismo e subs-tituí-la pela discussão a respeito das aproximações que se deve fazer à questão da liberdade.[226] Surgiram várias propostas visando enfrentar o problema. Algumas com o propósito de dotar o princípio de culpabilidade de um novo conteúdo material, outras tantas simplesmente com a ideia de reduzi-lo às suas dimensões jurídicas ou até mesmo de reduzir suas funções, mas o certo é que nem todas com a percepção de que a discussão da liberdade de vontade é um falso problema. Convém referir, pois, algumas das ideias que merecem destaque sobre o tema.

3.2.4.1 A diferenciação entre culpabilidade jurídica e culpabilidade ética

Para quem, como Cerezo Mir,[227] admite a indemonstrabilidade da liberdade de vontade como problema real, a solução passa por abandonar a comprovação empírica de que o sujeito poderia atuar de outro modo, em face da absoluta impossibilidade de sua demonstração, e optar apenas pela demonstração de uma capacidade geral de autodeterminação do sujeito.

A demonstração empírica da possibilidade de atuação de outro modo diria respeito a uma valoração ética da culpabilidade, que ultrapassaria os limites exigíveis pelo direito.

A culpabilidade poderia, nessa visão, ser mantida como limite e medida da responsabilidade penal, se admitida simplesmente como uma reprovação associada às exigências de prevenção geral e especial derivada unicamente da capacidade de autodeterminação do ser humano. Ou seja, haveria possibilidade de agir de outro modo – e, consequentemente, culpabilidade, quando o sujeito gozasse de uma capacidade geral de autodeterminação conforme o sentido do ser humano.

Desse modo, a afirmação da culpabilidade jurídica, ao contrário da

culpabilidade moral, dependeria tão somente da demonstração de aspectos parciais da possibilidade de atuação de outro modo.

A base desse modelo, sem dúvida, reside no pensamento *kantiano*[228] de separação entre a obrigação moral e a obrigação jurídica, uma vez que a primeira seria autônoma, determinada pelo próprio indivíduo e suas escolhas de consciência, enquanto que a segunda seria heterônoma, sendo determinada de modo externo à consciência do indivíduo.

Assim, a responsabilidade de um sujeito em um sistema democrático participativo em que ele se vincula a decisões coletivas levaria a condicionamentos que estão além daqueles determinados pela consciência, portanto, a separação entre direito e moral permitiria a manutenção de uma culpabilidade jurídica com um nível de exigência menor que a culpabilidade moral.

Há, porém, oposição crítica a essa separação entre duas formas de culpabilidade.

Muñoz Conde, por exemplo, identifica a culpabilidade justamente a partir de sua relação com o mesmo conceito em outros âmbitos do conhecimento:

> "Também fora do Direito penal são empregadas expressões como 'ter a culpa', 'atribuir a culpa', 'sentir-se culpado' etc., que refletem um sentido parecido, ainda que com distinta terminologia, ao que se dá ao conceito de 'culpabilidade' em Direito penal. Efetivamente, quando se diz que 'alguém tem a culpa', ou que 'é culpado de algo' se está aludindo à responsabilidade pela realização de um fato desaprovado; inclusive psicologicamente a 'culpa' como sentimento é sempre mostra de um pesar pelo mal cometido. Antes da culpa, objetiva ou subjetiva, há, pois, uma desaprovação prévia de algo que se realizou e que não se deveria ter realizado, ou de algo que não se realizou, devendo ser realizado."[229]

Ademais, o próprio critério *kantiano* de separação entre normas morais e normas jurídicas não é totalmente convincente, já que o simples fato de ser autônoma não converte uma norma em norma moral. Isso porque, há diversas normas

moralmente irrelevantes que são autônomas, como, por exemplo, a escolha supersticiosa de evitar passar por baixo de uma escada. Isso não é moralmente positivo nem negativo, simplesmente é irrelevante. Porém, é uma decisão da consciência, portanto, uma regra determinada internamente pelo próprio sujeito. Em sentido contrário, algo que seja determinado heteronomamente, como, por exemplo, a determinação jurídica, nos países que admitem a pena de morte, que alguém exerça a função de carrasco, conduz quase que necessariamente a uma valoração moral.[230]

A distinção correta aparece apresentada por Vives Antón, que sustenta que a separação entre normas jurídicas e normas morais deve dar-se segundo critérios de pretensão de validade.[231] Para Vives, as normas pertencentes à ética (moral em sentido amplo, as quais compreendem a moral em sentido estrito e o direito) são identificadas pela sua pretensão de validade absoluta e incondicionada. Por sua vez, a extensão dessa pretensão de validade é que determina a diferenciação entre as normas jurídicas, que são externas, pois regulam a convivência entre os cidadãos, e as normas morais em sentido estrito, que regulam o âmbito interno da virtude pessoal.[232]

Portanto, ainda que haja diferenças no que tange ao âmbito de regulamentação, ambas são iguais em termos de pretensão de validade, pelo que, conclui Vives: "Ainda que a culpabilidade jurídica e a culpabilidade social não sejam idênticas, não parece possível apreciar entre uma e outra, diferenças estruturais que possam justificar a diferença entre os pressupostos que postula Cerezo."[233]

3.2.4.2 A culpabilidade como limite. A proposta de Roxin

Roxin admite igualmente que a dúvida posta pelo determinismo encontra-se bem fundamentada. Isso porque, ainda que se admitisse a liberdade de vontade como conceito geral, não seria possível demonstrá-la em face do sujeito concreto nas condições específicas de realização do fato. A respeito disso, menciona Roxin que a pergunta sobre se um sujeito concreto agiu livremente em determinadas circunstâncias "é impossível de responder com meios científicos", e mesmo que pudesse ser respondida abstratamente, dificilmente poderia ser afirmada em face de um sujeito em concreto.[234]

De qualquer modo, Roxin admite que o princípio de culpabilidade segue sendo um elemento fundamental e um instrumento limitador de intervenção estatal imprescindível em um Estado de Direito.[235]

Portanto, a solução que propõe o ilustre penalista alemão é uma curiosa dissociação entre o fundamento e o limite do castigo, posto que sustenta que a culpabilidade deve seguir sendo utilizada como limite do castigo, mas não como seu fundamento.[236]

À aparente contradição da proposta, Roxin responde que a culpabilidade, por si só, pode limitar a pena, ou seja, traduzir uma ideia de proporcionalidade, porém, não pode sozinha justificá-la, mas tão somente quando acrescida de razões de prevenção geral e especial, que são por ele consideradas fundamentos da pena.[237] Sua pretensão, segundo indica, é apenas "separar o conceito de culpabilidade do princípio retributivo".[238]

A culpabilidade receberia novo conteúdo material próprio das teorias preventivas da pena. Já não dependeria do livre-arbítrio: a liberdade de ação ou a motivabilidade, fundamentações materiais da culpabilidade que não são substancialmente diversas, apesar de serem ambas indemonstráveis, apoiadas em presunções generalizadoras, só perseguem uma desqualificação social (reprovação), prescindindo, nesse caso, de considerações sociais. Só assim se deve entender que há culpabilidade: quando exista a necessidade de evitar comportamentos errados no futuro por meio da pena. A mera reprovação resulta insuficiente para a aplicação de uma pena por parte do Estado. Seriam necessárias considerações de corte preventivo geral e especial que elevassem o nível de racionalidade do castigo.

Claro que remanesce confusa a proposta, na medida em que, se por um lado é admissível que uma incerteza limite a intervenção do direito penal ao mesmo tempo, que não a justifique, a limitação se refere, certamente, à limitação de *algo*. Ou seja, ao constituir o limite de aplicação da pena, a culpabilidade (indemonstrável) estaria limitando ao menos alguma pena, ou seja, uma pena que existe, a qual, na exata medida em que existe, careceria de justificação,[239] o que certamente valida a crítica de Lenckner:

> “Em última instância o problema da liberdade de vontade tampouco pode atenuar-se reconhecendo à culpabilidade unicamente uma função limitadora e considerando que seu único sentido consiste em limitar a pena que, por outras razões, é ilegítima e desnecessária, e em proteger assim o indivíduo dos abusos do poder punitivo do Estado (em outras palavras, exigindo a culpabilidade apenas para favorecer ao cidadão convertido em delinquente). Se a culpabilidade é um fator limitador da pena, igualmente deve ser também pressuposto dela – toda condição (adicional) da pena ao mesmo tempo a limita e, vice-versa, tudo o que limita esta penalidade é ao mesmo tempo pressuposto do castigo.”[240]

Além disso, também parece pertinente a crítica de Cerezo Mir, no sentido de que se a culpabilidade já não teria seu limite pelo fato realizado, mas em atenção aos fins que se persegue na prevenção geral ou na prevenção especial, estaria aberto um caminho para a passagem de um Direito penal de periculosidade.[241]

3.2.4.3 A culpabilidade sem reprovação. A proposta de Hassemer

Winfried Hassemer, mesmo afirmando que à margem da ideia de liberdade o direito não poderia subsistir, menos ainda a vida intersubjetiva, entende que não é possível sustentar uma reprovabilidade em concreto do sujeito perante o fato individualizado.

Isso porque ele defende que a reprovabilidade do caso concreto e, consequentemente, a base sobre a qual se sustenta a condenação, deve derivar do processo penal, o qual, na coleta de dados de sustentação para o caso concreto, está submetido ao processo de observação. Nesse caso, a questão a respeito da liberdade de vontade resta excluída *a priori*, antes mesmo que a observação comece,[242] já que se trata de um processo que ocorre *ex post*.

A única coisa que se logra demonstrar através do processo penal são as limitações, eventualmente existentes, à liberdade de agir, não a existência ou inexistência da própria liberdade. Não é possível averiguar se efetivamente o acusado

poderia agir de outro modo, mas apenas verificar se houver condicionamentos concretos que limitaram a sua liberdade de ação, ou seja, verificar a existência de um *deficit* de liberdade.[243]

Em consequência dessa análise, Hassemer[244] entende que deve ser suprimida a ideia de reprovação contida na culpabilidade, até porque sua admissibilidade implicaria responsabilizar unicamente a pessoa pelos fatos, desprezando os múltiplos fatores criminógenos que concorrem em cada ação delitiva. Contudo, em sua opinião, deve manter-se o limite do princípio de culpabilidade, excluída apenas a necessidade de demonstração da possibilidade de atuar de modo diverso, ou seja, de reprovação que, em sua opinião, teria um efeito muito mais teórico do que prático, podendo ser afastada sem resultar em maior prejuízo.[245]

A proposta de Hassemer igualmente parece não estar isenta de críticas. Isso porque a eliminação da reprovação e a conversão da culpabilidade em um mero juízo objetivo de presença ou ausência de determinados fatores condicionantes da vontade suprime a atitude sistemática participativa, ou seja, a inclusão da pessoa na discussão jurídica. A racionalidade interacional é substituída por uma racionalidade objetiva. A pessoa não é observada como pessoa, como participante do jogo de sentido que configura a responsabilidade, mas se vê reduzida a mero objeto de observação.[246]

Nas palavras de Vives Antón,[247] a reprovação de sua atitude, como expressão imediata de atitude participativa em relação ao sujeito, é o que "restitui ao delinquente sua dignidade de ser racional, porque se dirige a ele como pessoa e se lhe trata como sujeito, não como objeto".

Ademais, o afastamento da pena como reprovação em favor de medidas de segurança, ainda que traga a reboque o afastamento da ideia de vingança, converteria o poder punitivo em uma técnica terapêutica, regulamentada e justificada unicamente por normas científicas e técnicas de aplicação das leis que dificilmente poderiam encontrar algum limite.[248]

3.2.4.4 A liberdade como fundamento da linguagem jurídica da ação

O beco sem saída a que conduz o impasse do determinismo em face do livre-

arbítrio deve conduzir o jurista, sem dúvida, a uma redução de pretensões. A aporia colocada guarda evidente relação com os dilemas filosóficos a respeito da afirmação de verdades absolutas. Essa classe de afirmações, porém, não pertence ao direito. O direito não pode arvorar-se em afirmar verdades, mas sim em produzir resultados sociológicos pretendidamente justos.

Essa redução faz colocar a questão jurídica do princípio de culpabilidade em seus devidos termos, ou seja, na consideração de que a criação de normas é algo que pertence à própria forma de vida do homem e essa forma de vida está ancorada no pressuposto de que podemos atuar do modo como fazemos.

Vives Antón refere:

> "O delito e a pena são instituições do mundo da vida e não podem ser desgarradas dele. Encontram-se ancoradas em nossa específica *forma de vida*, que é como é e cujas estruturas básicas não podemos mudar à vontade. Vivemos segundo a ideia de que nós podemos atuar de outro modo, diferente de como fazemos, e de que os demais também podem fazê-lo. Esta ideia (a ideia de que, dentro de certas margens somos livres) está encorada no mais profundo do nosso modo de atuar, de pensar e de falar: acha-se inscrita no contexto em que damos por sentado em nossas interrelações vitais, como a ideia de que vivemos na Terra, de que a Terra existe há muitos anos, etc. Dentro dos nossos jogos de linguagem, faz parte dos fundamentos."[249]

A chave da compreensão das condutas é justamente a liberdade de ação, pois sem ela resultaria sem sentido inclusive cogitar a respeito da existência de razões para atuar. Não seria razoável pretender inquirir a respeito das motivações de uma atuação determinada, caso partíssemos do pressuposto de que não é possível afirmar que quem agiu poderia fazê-lo de outro modo.

Vives Antón[250] comenta que o problema fica bastante evidente quando a discussão se põe em termos de Direito penal. Afinal a ação pressupõe o direcionamento de uma vontade, e essa vontade – admitida a oposição determinista –

não se traduz em nenhuma classe de liberdade de atuação; como seria possível afirmar que efetivamente houve uma ação e não uma simples submissão à carga inexorável dos fatos? Como seria possível afirmar, em casos de imprudência, que o sujeito não tomou os devidos cuidados e que, mais do que isso, *era possível que ele os tomasse*? Como estabelecer que um erro é vencível, quando não se pode afirmar que seria possível atuar de outro modo?

Como se nota, a organização dogmática de um Direito penal, de qualquer Direito penal, passa necessariamente pelo pressuposto da liberdade de vontade.

Portanto, a dúvida que diz respeito à liberdade de vontade é uma dúvida *filosófica* e não *jurídica*, que demanda, portanto, respostas igualmente *filosóficas* e não *jurídicas*. Do ponto de vista jurídico, como bem refere Vives, citando a Wittgenstein, "a dúvida determinista é uma dúvida que duvida de tudo, e que põe em discussão o marco de referência do discurso, portanto, não é, em realidade, dúvida alguma, mas um *sem sentido*".[251]

A liberdade de atuação que importa para o direito e que está nas bases de nossa organização normativa do mundo da vida é aquela a ser provada no processo penal, e não apenas de modo genérico, mas referindo-se ao sujeito e ao caso concreto.[252]

Claro que há limitações e dúvidas que são próprias do processo penal. Porém, em face dessas dúvidas é justamente o princípio de culpabilidade que impõe um feixe de garantias como a presunção de inocência, a exigência de responsabilidade subjetiva, a responsabilidade pelo fato, a responsabilidade individual, cuja análise conduz, no caso concreto, à afirmação de uma liberdade de ação *para além de toda dúvida razoável*.[253]

3.2.5 As garantias derivadas do princípio de culpabilidade

Ao tempo em que o direito pressupõe uma liberdade de atuação capaz de gerar a reprovação da culpabilidade, em contraposição o mesmo princípio de culpabilidade pressupõe um conjunto de exigências que limitam a possibilidade de tal reprovação, desde um ponto de vista político-criminal.

Comenta Quintero Olivares que "quando se invoca o princípio de culpabilidade

como critério reitor da política criminal e da legislação penal, em realidade o que se quer é preservar uma série de garantias que o princípio encerra e que são a sedimentação de uma progressiva evolução do Direito penal".[254]

Cumpre, pois, deixar assentadas certas garantias contra a reprovação jurídica ao afirmar o princípio de culpabilidade como expressão democrática, como expressão do respeito ao ser humano como partícipe de uma sociedade, polo ativo e passivo de obrigações e direitos.

É de notar que as várias garantias criadas ao redor da ideia de culpabilidade, mesmo tendo esta evoluído enquanto conceito, devem ser todas preservadas. Mesmo as afirmações derivadas dos primórdios da construção da ideia de culpabilidade não podem, hoje, ser rechaçadas. O princípio de culpabilidade constitui, afinal, um abrigo geral da construção evolutiva das garantias que se opõem à reprovação pessoal do indivíduo por sua ação.

3.2.5.1 A responsabilidade pessoal, individual

A responsabilidade penal, em seus primórdios, e mesmo até durante o período do Direito germânico, era absolutamente objetiva,[255] e isso permitia que ela transpusesse o nível pessoal. Uma vez que o crime se imputava a partir de uma mera relação de causalidade, o crime se convertia em expressão de animosidade. Essa expressão implicava em represália não só ao seu causador, como também à sua família, a sua tribo, à sua gens, ao seu clã.

Uma das mais claras decorrências do princípio de culpabilidade é a responsabilidade pessoal. A partir do desenvolvimento da ideia de uma culpabilidade, que em seus primórdios se traduzia em análise de livre-arbítrio, não era mais possível associar-se a realização decidida por uma pessoa a consequências que pudessem alcançar a terceiros.

Afastou-se, com isso, a ideia de responsabilidade penal objetiva, passando-se a exigir uma vinculação subjetiva e, portanto, individual, pessoal. Se objetivamente a responsabilidade podia transmitir-se para o coletivo a que pertencia o autor, certamente, subjetivamente, isso não era possível, pelo que se identifica a

responsabilidade pessoal como decorrência do princípio de culpabilidade.

Na palavra de Cernichiaro, “no primeiro instante, bastava demonstrar relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. Depois, acrescenta-se que a conduta esteja, quanto ao elemento subjetivo, vinculada ao resultado”.

Luiz Luisi[256] referia que “é princípio pacífico do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado”.

Evidentemente, essa concreção era fruto de toda a ideia de antropocentrismo própria do iluminismo. Ao desviar o foco de atenção para o homem, a organização jurídica de controle social deveria corresponder a essa perspectiva, adotando também um foco individual. O sujeito era responsável por seus atos.

A responsabilidade pessoal já constava do art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789[257] e teve sua expressão reeditada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.[258]

Entretanto, ainda que a declaração de direitos promulgada na França fosse a culminação de todo um movimento filosófico e político que já se expandia mundialmente, é certo que a pessoalidade da pena seguiu sendo esporadicamente desobedecida em diversos episódios e locais. Exemplo marcante em nosso país dessa violação é o caso de Tiradentes.[259]

Tiradentes foi acusado de crime de lesa-majestade e condenado à forca em 1792. Após ser enforcado – uma das modalidades de pena de morte estabelecidas pelas Ordenações Filipinas, então vigentes –, foi decapitado, esquartejado e oferecido como exemplo ao público, pendurando-se sua cabeça no alto de um poste e os quatro quartos em que foi dividido seu corpo, em quatro postes dos caminhos que ele percorrera, o chamado “Caminho de Minas”, no sítio da Varginha e das Cebolas. Além de todas essas atrocidades, a sentença estabeleceu declarou não só o réu infame, como também seus filhos e netos, confiscando seus bens e determinando a demolição de sua casa em Vila Rica, vedando-se a construção de novas edificações no local.

O princípio de responsabilidade pessoal também alcança expressão constitucional em nosso ordenamento jurídico, inscrevendo-se no art. 5º, XLV, onde

se estabelece que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado".

3.2.5.2 A responsabilidade subjetiva ou culpabilidade em sentido estrito

As primeiras formulações técnicas da teoria do delito, em especial com Von Liszt, trouxeram para o âmbito do Direito penal não apenas mudanças metodológicas de concepção (adoção do método analítico), mas também a inclusão de considerações de ordem subjetiva a respeito da prática delitiva. A divisão analítica do delito supunha a verificação do que o autor do delito fez (parte objetiva) e o que o autor do delito quis (parte subjetiva). Essa separação deixou clara a necessidade de uma análise subjetiva firmando definitivamente a necessidade de que o sujeito tivesse contribuído subjetivamente para a realização do resultado desvalioso.

Em princípio, as lesões ou colocações em perigo de bens jurídicos que o Direito penal protege não são suficientes para que sobre o autor pese a carga de uma pena: *"não há pena sem dolo ou culpa".* À verificação objetiva dessas lesões ou colocações em perigo corresponde, posteriormente, a verificação subjetiva; ou seja, se o autor atuou com uma vontade própria do dolo ou se atuou imprudentemente, enfim, vinculou-se subjetivamente ao fato.[260] Sem esses componentes subjetivos, a conduta resulta criminosa, portanto, o delito não se esgota ("*Só são delitos ou contravenções as* ações ou omissões dolosas ou culposas apenadas pela lei") e não há pena alguma (*não há pena sem dolo ou culpa*).[261]

Por outro lado, em consequência desse princípio tampouco haverá responsabilidade subjetiva quando o fato se produz por mero acidente, sem dolo nem culpa, considerando-se o fato como *fortuito*. Seu castigo seria desnecessário e ineficaz.[262] Esse resultado fortuito pode partir de um fato que em suas origens era *lícito* em cujo caso não responderá por nada; ou *ilícito*,[263] quando sim responderá pelas consequências dos fatos.

Sob esse princípio, a antiga fórmula do "*versari in re ilicita*" (mediante a qual se respondia pelas consequências próprias dos atos, incluídas as fortuitas) não tem sustentação. Questiona-se também a técnica dos *delitos qualificados pelo resultado*, que fundamentam a agravação dos atos a respeito do resultado mais grave, sem a

existência de vínculo doloso ou culposo para com essa produção.[264]

3.2.5.3 A responsabilidade pelo fato

De todo o conteúdo descrito, em especial da característica de intensa pessoalidade de que se reveste a ideia de culpabilidade, poder-se-ia entender que se trata de um princípio que conduz a um Direito penal de autor. Isso não é verdade.

Claro que é possível pensar tanto em “culpabilidade pelo fato individual como culpabilidade pelo modo de vida”,[265] mas só a primeira é adequada a um modelo de sistema de imputação criminal de um Estado de Direito.[266]

Por isso, nos dias atuais, não é mais aceitável uma “culpabilidade pelo modo de vida”, ainda que, cumpre reconhecer, para a análise da reprovabilidade da conduta do sujeito quanto ao fato concreto por vezes seja necessário recorrer a dados da trajetória vital do autor, para a melhor compreensão de seu comportamento nas circunstâncias concretas.[267]

A culpabilidade é, sem dúvida, característica do sujeito, porém, refere-se exclusivamente ao fato.

Da conjunção das dimensões da culpabilidade pelo fato e da expressão pessoal da culpa deriva a exclusão da possibilidade de punibilidade do chamado “delito de acumulação”.

Os casos aqui estudados têm lugar especialmente reservado nas hipóteses em que uma lesão de escassa gravidade escapa ao âmbito de interesse jurídico penal por recorte determinado pelo princípio de intervenção mínima. Não obstante isso, a acumulação de situações similares de ofensas ao mesmo bem jurídico representa, do ponto de vista do desvalor do resultado, uma expressão considerável.

O raciocínio é elementar. O chamado *delito de acumulação* é uma hipótese que vem sendo discutida principalmente no campo do Direito penal ambiental. Cogita-se que mesmo sendo de escassa dimensão a ofensa praticada, sua punibilidade se justificaria perante o risco que a ausência de repressão e o consequente incentivo a uma atitude repetitiva e cumulativa contra o mesmo bem jurídico. Por exemplo: imaginemos que o ato de jogar uma lata no Rio Amazonas constitui um ato de

poluição, porém, materialmente, de escassa relevância. Outrossim, se todos os habitantes do Brasil atirassem simultaneamente uma lata no mesmo rio, isso se converteria em uma poluição de vulto. O mesmo raciocínio tem sido empregado nos casos dos delitos contra o patrimônio público, especialmente os casos de sonegação fiscal. Obviamente, um isolado caso de descaminho pode não ser relevante para o patrimônio público da União, mas, ao acumularem-se vários, adquire expressão.

O caso é resolvido mediante análise do princípio de culpabilidade. Se a culpabilidade refere-se ao fato e também é pessoal, será relativa à culpa que cada um tem **pelo seu fato**. Ou seja, ninguém pode ser responsabilizado por fato alheio, na medida em que a culpabilidade é pessoal. Os limites impostos pelo princípio de culpabilidade exigem que a responsabilidade penal seja de cada um pela sua ofensa ao bem jurídico, nos estritos limites de sua própria contribuição para a aflição ao bem jurídico. O fato de que o mesmo bem jurídico tenha também sido afligido por terceiros só pode implicar em responsabilidade para estes.[268]

Há, no entanto, que ser feita certa *sintonia fina* a respeito do tema.

Evidentemente, caso haja comunhão de pretensão entre os agentes, a hipótese é de concurso de crimes com divisão de tarefas, pelo que todos responderão pelo resultado global, podendo ser imputados.

Finalmente, também resta precisar que, caso as lesões de pequena gravidade sejam realizadas por um único agente, sucessivas vezes, contra uma mesma vítima, como pode ser, por exemplo, no caso do funcionário do supermercado que subtrai, para si, todos os dias, 100 reais do caixa e o faz há cerca de cinco anos. O valor tornou-se expressivo em função da continuidade delitiva, o que levará a considerar um ato único e sequenciado, capaz de ter relevância jurídico penal.

Nesse caso, porém, já não se estará referindo a um delito de acumulação, mas sim à continuidade delitiva.

Por óbvio, há que se diferenciar, ainda, a relevância que existe dos ataques em crime continuado perpetrados pelo agente contra uma única vítima – caso em que a somatória das lesões pode afastar a insignificância que conduz ao princípio de intervenção mínima – dos casos em que os ataques sucessivos e continuados são

perpetrados contra vítimas diferentes – hipótese em que segue aplicável o princípio de intervenção mínima. Isso porque a avaliação de desvalor de resultado toma por base a representação – no caso, econômica – do bem jurídico para a vítima.[269]

3.2.5.4 A presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade[270]

A inclusão da presunção de inocência como um dos frutos do princípio de culpabilidade certamente leva ao questionamento a respeito de sua dimensão processual penal. Ocorre que o Direito penal e o Processo penal são expressões concretas do mesmo dispositivo de controle social e, portanto, obedientes a princípios que derivam de raízes comuns. A propósito, é interessante notar que os princípios de ordem processual penal também adquirem o perfil de garantias do indivíduo contra o poder de punir do Estado, já que "o *ius puniendi* não é autoexecutável".[271]

O fato de que o princípio de culpabilidade seja fonte comum de outros princípios tanto na seara do direito material quanto do direito processual vem em reforço da ideia de comunhão de fontes entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal e em evidente rechace àqueles que preconizam a possibilidade de uma teoria geral do processo, capaz de abrigar sob um mesmo arcabouço principiológico o processo penal e o processo civil.

Na verdade, na lição de Cernichiaro, o processo penal reveste-se da peculiaridade de que "acusação e defesa não se colocam em posição antagônica. Ao contrário, juridicamente, comungam esforços, auxiliam-se mutuamente para verificação da existência do fato-infração penal. Não há litígio. Não há divergência. Ministério Público (ou querelante) e réu voltam-se para o mesmo objetivo".[272] Os dois pontos de vista, entre processo civil e processo penal, são irreconciliáveis. E isso decorre de que a comunhão de princípios que faz o processo penal se dá com o próprio direito penal e não com o processo civil.[273]

Feitas essas aclarações, convém demonstrar a derivação do princípio de presunção de inocência de uma fonte penal, qual seja, o princípio de culpabilidade.

Para tanto, convém referir que a culpabilidade, como os aspectos objetivos do

delito, demanda demonstração. Quer dizer, ao consagrar-se o princípio de culpabilidade, automaticamente ampliaram-se os deveres do Estado para fazer valer o exercício punitivo. Convém lembrar que o princípio de culpabilidade é fruto de uma concepção também antropocêntrica,[274] que visa demonstrar a necessidade de prova da concorrência individual para a consecução do resultado delitivo, ou seja, impõe um limite a mais ao Estado para o exercício do controle social penal.

Não bastava mais a demonstração da relação de causalidade para a imposição da responsabilidade penal e da consequente pena. Se o indivíduo fosse causador do resultado delitivo, porém, não concorresse subjetivamente para a prática delitiva, nenhuma responsabilidade lhe poderia ser atribuída. Ao contrário, a mera relação de causalidade não fazia mais presumir a responsabilidade.

Essa quebra da presunção de responsabilidade pelo aspecto objetivo traduziu-se em necessidade de demonstração de que o autor concorreu dolosamente ou imprudentemente para o resultado.

Assim, resultava necessário demonstrar essa contribuição subjetiva para o resultado desvalioso, de modo que, enquanto esta não resultasse provada, não seria possível aplicar o castigo, portanto, se a demonstração competia ao acusador, se deveria partir de presumir – até demonstração em contrário – que o sujeito era inocente. A defesa do indivíduo é justamente a perspectiva humanista que cristalizou em nosso sistema a presunção de inocência como regra cuja fonte é a tradição do *Common Law*.[275]

Assim, temos que o Iluminismo foi o catalisador que congregou a ideia de culpabilidade pessoal oriunda do direito natural e a regra procedimental de garantia de não culpabilidade do direito insular.

Parte-se, pois, da presunção contrária, ou seja, de que o sujeito não é o autor até que se demonstre sua culpabilidade. Dessa perspectiva deriva a presunção de inocência, ou seja, o sujeito presume-se inocente até prova em contrário.

Nosso ordenamento jurídico situa a presunção de inocência como direito fundamental consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, LVII, que prescreve que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória".

3.2.5.5 A individualização da pena

Evidentemente, o princípio de culpabilidade transcende o âmbito da imputação penal e do processo, para alcançar a execução penal.[276]

Se a ideia central da culpabilidade é dotar de dimensão pessoal a imputação de responsabilidade, o mesmo se deve dizer da pena. O autor de delito tem limitada a si mesmo a responsabilidade por seu fato delitivo. Por outro lado, a sua condição pessoal também é limitadora dessa imposição. Existe evidentemente aí um processo de comunicação bilateral entre a pena e o autor do delito onde cada é limitador e limitado pelo outro. Assim como a pena se limita ao indivíduo, o indivíduo limita o *quantum* de pena.

Se a pena cumpre missões e funções no sistema de imputação, logicamente essas missões e funções se cumprem através de diferentes medidas diante de sujeitos também diferentes.

A culpabilidade individual determina que cada sujeito tem o direito a sua própria pena, ou seja, que cada indivíduo tem direito a que sua pena adquira uma conformação ajustada a ele próprio, tendo em vista os fins que visa alcançar.

É que "a individualização da pena leva em consideração o fato global, ou seja, o fato--infração penal com seus protagonistas".[277]

Assim, o princípio de individualização da pena trata de conjugar o princípio humanitário ao princípio de culpabilidade individual, procurando ajustá-los aos fins da pena no caso concreto.[278]

---

1 Veja-se, a respeito: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre faticidad validade*. 2. ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, especialmente p. 211-240.

2 Sustenta Carbonell Matteu que: "Hoje há que se considerar indiscutível que não s trata do exercício de nenhum direito subjetivo, mas das funções que

correspondem ao Estado em virtude do pacto social traduzido na constituição. O poder de criar normas penais não tem diferentes características como legislar em matéria de cultura, obras públicas ou educação, se bem que, diferentemente dessas matérias e como já sabemos, o Direito penal supõe recortes à liberdade geral com o fim de tutelas das liberdades dos cidadãos. [...] Em suma, cabe falar do poder punitivo do Estado em um duplo sentido: como poder normativo, entidade com poder de criar normas penais, que reside nas Cortes Gerais às que o atribui a Constituição, e como poder de aplicar ditas normas que, de acordo com a Constituição e com o alcance previsto nas normas a aplicar, o qual reside nos juízes e Tribunais penais". CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. *Derecho penal*: concepto e principio constitucionales. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 106.

3 MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. *Curso de derecho penal español. Parte general.* Dirigido por Manuel Cobo do Rosal. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 23.

4 "O princípio de **Estado de Direito** impõe o postulado de submissão do poder punitivo ao Direito, o que dará lugar aos limites derivados do *princípio de legalidade*. A ideia do **Estado social** serve para legitimar a função de prevenção na medida em que seja necessária para proteger a sociedade. Isto implica já vários limites que giram em torno à exigência da *necessidade social da intervenção penal*. Por último, a concepção do **Estado democrático** obriga na medida do possível a pôr o Direito penal a serviço do cidadão, o que pode ver-se como fonte de certos limites que hoje se associam ao respeito de princípios como os de *dignidade humana, igualdade e participação do cidadão*." MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 5. ed. Barcelona: Reppertor S. L., 1998. p. 74.

5 "Com o princípio de intervenção mínima se quer dizer que os bens jurídicos não só são protegidos *pelo* Direito penal, senão também *ante* o Direito penal." MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 79.

6 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal* ... cit., 2002. p. 70.

7 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*... cit., 1998, p. 74.

8 A expressão *jus puniendi* ou *direito de punir*, comumente utilizada pela doutrina – aqui na obra de García-Pablos de Molina –, implica pressupor que o Estado seja

portador de um *direito* ao castigo. Não creio seja feliz o conceito. Isso porque o Estado é mero gestor dos direitos daqueles que o compõem e não exerce senão deveres. Mesmo o exercício de um direito não pode ser considerado direito exclusivo do Estado, mas sim um direito alheio que ele exerce por mandato. Assim, parece mais adequado suprimir a expressão. Nesta obra, ela é somente mantida quando se trata, como no caso, de uma citação de texto alheio.

9 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal*: Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones de La Facultad de Derecho de la Universidade Complutense de Madrid, 2000. p. 319.

10 É importante notar que modernamente o debate hermenêutico tem transcorrido especialmente nas relações entre princípios e regras, considerados como espécies do gênero norma. Nesse contexto, parece haver uma diferenciação *qualitativa* entre regras e princípios. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, ou seja, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto; são verdadeiros *comandos de otimização* que podem ser cumpridos em maior ou menor grau, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua aplicação. Esses limites de aplicação são encontrados em princípios ou regras que a ele se contrapõem. De modo diverso, as regras são comandos de determinações, obrigações, permissões e proibições que já se movem no âmbito do que é fática e juridicamente possível; desse modo, não comportam resistência ou contraposição, não são, enfim, flexíveis, ou são integralmente aplicadas, ou não; se são válidas, deve ser feito exatamente o que elas exigem, nem mais, nem menos. Assume-se, aqui, a diferenciação oferecida por Alexy em: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 86-87.

11 Veja-se a respeito, sobre os limites ao *jus puniendi* estatal, entre outros: BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general.* Madrid: Akal/Iure 1990. p. 29 ss; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte general.* Barcelona: Ariel, 1986. p. 49 ss; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte general.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987. p. 59 ss; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General,* I. Madrid: Editorial Universitas, 1996. p. 144 ss; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo; RUIZ ANTON, L. F. *Manual de derecho penal. Parte general*, I. *Introducción e Ley penal.* Dirigida por Manuel Cobo

del Rosal. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 2 ss; BATISTA Nilo. *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro.* 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 61 ss; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel *Fundamentos de Derecho penal.* 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 230 ss.

12 Discussão interessante se estabelece no que se refere ao alcance dos princípios, e especial quando conflitam com as regras. Zaffaroni (ZAFFARONI, Eugeni Raul; ALAGIA, Alejando; SLOKAR, Alejandro *Derecho penal. Parte General.* 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 111) observa que "se os princípios limitativos fossem elevados a regras de valor absoluto e, conforme elas, fosse corrigida a operacionalidade do poder punitivo, este sofreria uma radical redução". Como consequência, o referido autor aponta que essa aplicação absoluta dos princípios poderia levar à completa abdicação da pena, argumento que serviria de suporte àqueles que entendem os princípios como meramente orientadores. Não se pode falar em "elevação" de um princípio à categoria de regra, porque entendemos não existir essa diferenciação hierárquica de importância entre o princípio e a norma, inclusive porque há entre eles evidente diferenciação qualitativa horizontal – referente ao alcance – e vertical – refere à densidade semântica. Por outro lado, o que parece certo é que a regra deve sempre ceder ante o princípio, mas isso não conduz a uma completa abolição da regra, justamente pela flexibilidade vertical do princípio. Para uma análise mais detida dos posicionamentos sobre o conflito norma-princípio, veja-se: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*... cit., p. 81 ss; e GÜNTHER Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 17-18. Trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo. Alicante: Biblioteca Miguel de Cervantes, 1995. p. 271-302, em especial p. 295 ss.

13 "A doutrina penal de nosso tempo refere-se, com alguma frequência a certos princípios do Direito punitivo, aos quais reconhece ou confere grande importância e que enumera em catálogos relativamente semelhantes, mas de nenhum modo coincidentes, mas sim de diversa extensão, diferente conteúdo e diferente ordem." RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. Introducción al estudi de los principios cardinales del Derecho penal, *Criminalidade Moderna e Reformas Penais. Estudos em Homenagem ao Prof. Luis Luísi* Organizador: André Copetti. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 181.

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro `
Derecho penal... cit., p. 107-142.

15 BATISTA, Nilo.*Introdução*.... cit., p. 61 ss. Especificamente às fls. 64, o autor elenca o princípio de legalidade, o princípio de intervenção mínima, o princípio da lesividade, o princípio da humanidade e o princípio da culpabilidade.

16 SANTOS, Juarez Cirino dos.*Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 19 ss. O autor propõe o estudo do princípios da legalidade, da culpabilidade, da lesividade, da proporcionalidade, da humanidade e da responsabilidade penal pessoal. É sabido, porém, que a ideia de responsabilidade penal pessoal faz parte do princípio de culpabilidade, e a lesividade, proporcionalidade e humanidade são elementos do princípio de intervenção mínima.

17 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*. 13. ed. S Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 2-9: legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, humanidade, irretroatividade, adequação social, insignificância, ofensividade e proporcionalidade.

18 ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos*... cit., 1993, p. 233 ss. O autc refere o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio de intervenção mínima, o princípio de necessidade e utilidade da intervenção penal, o princípio de culpabilidade, o princípio de presunção de inocência, o princípio de legalidade e o princípio de igualdade perante a lei. Ao lado destes, ainda assinala como limites ao poder punitivo a proibição de penas desumanas e degradantes, a orientação das penas privativas de liberdade à ressocialização do autor e os limites derivados do direito da pessoa a não declarar contra si mesma.

19 CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. *Derecho penal*... cit., de modo disperso p livro todo. Basicamente, o autor refere o princípio de igualdade, o princípio de legalidade, o princípio do *non bis in idem*, o princípio de territorialidade e o princípio de proibição de excesso, fazendo derivar destes vários outros.

20 "A meu juízo, estes limites podem reduzir-se à vigência, não só formal, senão material também, de dois princípios fundamentais: *o princípio de intervenção mínima e o princípio de intervenção legalizada do poder punitivo do Estado*. Sem embargo, na doutrina costumam assinalar-se outros [...] que, em realidade, não são mais que diversas formas de aparição dos mencionados anteriormente. Certamente alguns deles chegaram a cobrar tal importância no moderno Direitc

penal que costumam tratar-se autonomamente ao mesmo nível que o de intervenção mínima ou o de intervenção legalizada. Assim sucede, por exemplo, com o princípio de culpabilidade que, sem embargo, segue sendo discutido tanto no que se refere ao nome como em seu conteúdo." MUÑOZ CONDE, Francisco GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*... cit. 2002. p. 72.

21 Jescheck e Weigand também apresentam, em seu Tratado (JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Granada: Comares, 2002), uma tripla divisão dos princípios limitadores da infração penal, reconhecendo a independência do princípio de culpabilidade e pondo, ao lado dele, o que ele chama de princípio de legalidade (do qual infere os chamados princípios de igualdade, proporcionalidade e reserva legal, entre outros) e finalmente o princípio de humanidade, que é uma das vertentes daquilo que preferimos apresentar como princípio de intervenção mínima. De modo similar, no Brasil, vide, Nereu José Giacomolli. O Princípio de legalidade como limite do *jus puniendi* e proteção dos direitos fundamentais, *Revista de Estudos Criminais*, nº 23. Porto Alegre: Notadez Editora, jul./dez. 2006, p. 157, ao afirmar que "Os princípios de proteção dos bens jurídicos fundamentais, da culpabilidade e o de legalidade constituem os três pilares básicos do Direito penal moderno".

22 Para Muñoz Conde, "o princípio de legalidade é o principal limite imposto pelas exigências do Estado de Direito ao exercício da potestade punitiva". MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*... 2002, cit., p. 97. No mesmo sentido: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 320.

23 Comenta Morillas Cuevas que, "em que pese a envoltura latina com que se expres o princípio de legalidade, grande parte da doutrina moderna encontra sua inicial formação na filosofia da ilustração. A teoria do contrato social de Rousseau e a da divisão de poderes de Montesquieu constituem seu abstrato ideológico, enquanto que a concreção é realizada por Beccaria em sua *obra Dos delitos e das penas*". MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. *Curso*... cit., p. 24. No mesmo sentido, Cláudio Brandão refere que "os romanos não conheceram o princípio de legalidade" e também que "as instituições penais existentes na Idade Média em muito se distanciam do Princípio de Legalidade". BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 18 e 21.

[24] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 320.

[25] CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. *Derecho penal...* cit., p. 108.

[26] Convém ressaltar que o momento histórico-político-social de exclusão coletiva turvava a delimitação mais clara de que dentro do próprio Terceiro Estado havia diferentes estamentos econômicos, com distinta possibilidade de êxito social, cujo contraste acentuou-se com a ascensão burguesa, levando à completa transformação da divisão do poder social, mantendo boa parte dos excluídos do *Ancien Régime* em condições igualmente deploráveis.

[27] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 320-321.

[28] COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal*. 1987... cit., p. 63.

[29] "Quanto maior for o número dos que entenderem e tiverem nas mãos o sagrado código das leis, tanto menos frequentes serão os delitos, pois não há dúvida de que a ignorância e a incerteza das penas contribuem para a eloquência das paixões." BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana)*Dos delitos e das penas*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 35.

[30] BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana). *Dos delitos e das penas*... cit., p. 28.

[31] BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana). *Dos delitos e das penas*... cit., p. 29.

[32] BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana). *Dos delitos e das penas*... cit., p. 30.

[33] Afirma o jurista português que considera, "sem margem para dúvidas, que a dimensão especulativa, o correto enquadramento dos problemas, a intencionalidade na definição dos propósitos, sejam eles das penas, das provas em processo penal ou de outros institutos, e, *last but not least*, a assunção de certa forma de compreender o direito penal são pontes ou marcas de água mais que suficientes para atestar não só a validade intrínseca do estudo como, do mesmo passo, são afloramentos teóricos de indesmentível atualidade". COSTA, José de Faria. "Ler Beccaria Hoje". Prólogo do livro*Dos delitos e das penas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998. p. 7. A respeito da atualidade do pensamento de Beccaria, no Brasil, veja-se o compêndio de artigos sobre

modernas questões de Direito penal reunidas em: BUSATO, Paulo César (Org.) *Ler Beccaria Hoje.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

34 FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von *Tratado de Derecho penal.* Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaier, Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p 61-63.

35 A indicação aparece em Joachim Hruschka. Kant, Feuerbach y los fundamentos de Derecho penal. *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*: ¿decadencia o evolución? Editor: Juan Pablo Montiel. Madrid: Marcial Pons 2012. p. 87.

36 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 5. ed. Barcelona: Reppertor L., 1998. p. 75-76.

37 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 321.

38 O nome completo da conhecida Magna Charta é *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannen et barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (Grande Carta das Liberdades ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdade da Igreja e do Reino Inglês) e seu texto integral está disponível na *internet*.

39 LIBERATI, Wilson Donizeti. "Bem jurídico e Constituição" *Direito Penal e Constituição*. Organizado por Maurício Antonio Ribeiro Lopes e Wilson Donizeti Liberati. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 186. Nesse sentido manifestou-se Hungria, ao afirmar que na Inglaterra, inversamente da Europa continental, madrugou, para o direito positivo, o princípio da reserva legal em matéria de crimes e penas. Já a Magna Charta do Rei João (1215), no seu art. 39 assim proclamava, consagrando a proibição da analogia *in malam partem*: *Nullum* líber homo *capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legalem judicium parium suorum vel per legem terrae*. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I, t. 1º, p. 30-31.

40 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 321.

41 COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal...* cit., 1987, p. 62.

42 STRATENWERTH, Günther *Derecho Penal, parte general, I.* Trad. de Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982. p. 28. Luiz Luisi (*Princípios constitucionais*

penais. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003. p. 18) também atribui a Manzini a ideia de situar raízes remotas para a dimensão da reserva legal, referente ao princípio de legalidade, já que este refere que "o postulado da Reserva Legal teve origem no direito romano, entendendo-o expresso neste fragmento do Digesto: *'Poena non irrogatur, nis i quae quaquelege vel que alio jure specialiter hic delicto imposita est'*".

43 A informação é de Luiz Luisi (*Princípios...* cit., p. 19), citando Frederico Marques: "Nas Cortes de Leão, em 1816 declara Alfonso IX, sob juramento, que não procederá contra pessoa e a propriedade de seu súdito, enquanto não fosse chamado perante a cúria. E nas Cortes de Valladolid foi proclamado em 1219 que ninguém podia ser privado da vida e da propriedade enquanto a sua causa não for apreciada segundo o Fuero e o direito. Em 1351 essas mesmas Cortes pediram a Dom Pedro I que ninguém fosse executado ou preso sem investigação do Foro e do direito, a que acedeu o rei. E essa promessa foi depois renovada com ênfase por Henrique II nas cortes de Toro em 1371". Dá notícia desse posicionamento também Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho penal.* 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. t. II, p. 333.

44 Entre eles, Jiménez de Asúa, que afirma: "a nosso juízo, Schotländer tem sobrada razão quando afirma que, apesar de sua formulação em latim, o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* não tem origem romana, mas surge com universalidade, como consequência do liberalismo do século XVIII, e tem suas primeiras manifestações na Idade Média, na qual o homem aspirava segurança". JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis *Tratado...* cit., p. 332. Também participa dessa opinião Luiz Luisi, ao afirmar que "é induvidoso que o princípio da legalidade, posto como garantia individual, é de inspiração iluminista, constitui norma fundamental de direito penal, com gabarito constitucional, nos regimes democráticos liberais instaurados a partir de fins do século XVIII". LUISI, Luiz *Princípios...* cit., p. 19. No mesmo sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 117.

45 Acrescenta Muñoz Conde que: "Durante essa época se sucedem as declarações de direitos fundamentais das pessoas e as do princípio de legalidade dos delitos e das penas, como por exemplo na *Petitions of Rights* dos Estados americanos de Filadélfia (1774), Virgínia (1776) e Meryland (1776), na Josephina austríaca de 1787, e sobretudo, na famosa Declaração Francesa dos direitos do homem e do

cidadão de 26 de agosto de 1789, na que se estabelecia que ninguém poderá ser castigado, senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada." MUÑOZ CONDE, Francisco *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 82.

46 A respeito da necessidade de efetivação de um modelo de igualdade material projetado pelo iluminismo e até hoje não logrado, veja-se: DIMOULIS, Dimitri Da "Política Criminal" à política de igualdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* nº 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2000, p. 209 ss.

47 Consequentemente, o cidadão não poderá ver-se submetido pelo Estado ou juízes penas que não admita o povo. Cf. MIR PUIG, Santiago *Derecho penal...* cit., 1996, p. 76. Veja-se, também: ROXIN, Claus. *Derecho penal, Parte General*. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díza y García Conlledo e Javier de Vicente Remezal. Madrid: Civitas, 1997. p. 145.

48 Nesse sentido, Rousseau: "vê-se com clareza que já não é preciso perguntar a quem compete fazer as leis, visto serem atos da vontade geral, nem se o Príncipe está acima da lei, visto ser membro do Estado, nem se a lei pode ser injusta, porquanto ninguém é injusto para consigo mesmo, nem como se é livre e ao mesmo tempo submisso às leis, já que estas são mera expressão da nossa vontade". ROUSSEAU, Jean--Jacques *O contrato social*. Trad. de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 47.

49 CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. *Derecho penal...* cit., p. 109.

50 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 322.

51 COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal...* cit., 1987, p. 64.

52 Cf. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal...* cit., 1987, p. 64. Sustentam os autores, quanto à *primazia la lei*, que esta se manifesta, de uma parte, *na força da lei*. A lei tem uma autônoma capacidade do ordenamento jurídico, podendo derrogar as leis anteriores, e prevalece sobre qualquer disposição normativa imanente ao executivo; e, de outra parte, a lei se caracteriza por sua imunidade, já que os Tribunais judiciais não podem anulá-la. Daí que se traduza a primazia do Parlamento sobre o executivo e a judicatura.

53 De modo semelhante comenta Luiz Luisi em *Princípios...* cit., p. 22.

54 Cf. CARBONELL MATTEU, Juan Carlos *Derecho penal...* cit., p. 105; COBO

DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal...* cit., 1987, p. 64.

55 COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal...* cit., 1987, p. 65.

56 CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. *Derecho penal...*, p. 106.

57 COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal...* cit., 1987, p. 65.

58 LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. 3. ed. Trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20. ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927. t. 2º, p. 80.

59 BACIGALUPO, Enrique. *Principios...* cit., 1990, p. 80.

60 Nesse sentido: BACIGALUPO, Enrique. *Principios...* cit., 1990, p. 55 ss.

61 FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado...* cit., p. 63.

62 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...* cit., p. 87.

63 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...* cit., p. 87.

64 E vice-versa. Quer dizer, a expressão formal ou legal de crime não basta para a configuração do delito, por falta de transcendência material. Entretanto, essa exigência vincula-se ao princípio de intervenção mínima e não ao princípio de legalidade.

65 O Código Penal para a República Federal Socialista Soviética Russa se publicou em novembro de 1926 e começou a viger em 1º de janeiro de 1927.

66 Comenta Nélson Hungria (*Comentários...* cit., p. 15): "antes que nós outros, ainda integrados na continuidade do credo democrático, nos refizéssemos do espanto causado pela adoção da analogia no Código Penal Soviético, eis que o mesmo critério é inculcado e acolhido, sem rebuços e sob moldes talvez mais desabridos, na Alemanha, que vinha sendo, havia mais de um século, a pesquisadora e inexcedível mestra do Direito".

67 Para detalhes sobre o tema, veja-se LOPES, Jair Leonardo. Os Substitutivos da p[...] de prisão. Homenagem a Aníbal Bruno. Org. Jair Leonardo Lopes e Marcos Afonso de Souza. 2. ed. Belo Horizonte: Lami, 1978. p. 83.

68 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio de intervenci[...] mínima do Derecho penal como límite do *ius puniendi*. *Estudios penales e jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. Coord. por Juan José

González Rus. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996. p. 249-259.

69 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 254.

70 Daí a inviabilidade completa da pretensão de alguns em estabelecer uma *teoria geral do processo* capaz de abarcar o processo civil e o processo penal. Essa concomitância é impossível, posto que enquanto o processo civil visa equilibrar as disputas de interesses entre indivíduos, o processo penal, tal qual a lei penal incriminadora e a lei de execuções penais, visa firmar uma barreira contra a intervenção estatal na vida do indivíduo. Daí que o processo penal partilha princípios com todos os ramos jurídicos que compõem o sistema penal e não com os demais ramos do sistema processual.

71 Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

72 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:I – [...];XXXIX – Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

73 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 336.

74 A Lei 11.900, de 8 de janeiro de 2009, alterou o texto do artigo 185 do Código de Processo Penal, para a inclusão do § 2º, que prevê a modalidade nos seguintes termos: § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV – responder à gravíssima questão de ordem pública.

75 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual*... cit., p. 78.

76 Luiz Luisi refere que o princípio de legalidade "terá que se estender obrigatoriamente ao momento da execução". LUISI, Luiz. *Princípios*... cit., p. 23.

77 Os dados do Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça de junho de 20[illegible] que podem ser acessados na página *web* do Infopen, davam conta de que encontravam-se disponíveis no sistema penitenciário brasileiro 147.960 vagas em regime fechado, 37.547 em regime semiaberto e 3.108 em regime aberto.

78 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 4. ed. Lima: Roa, 1998. p. 663.

79 Para mais detalhes a respeito do tema, vide: BUSATO, Paulo César. A progressã de regime prisional como exigência teleológica funcional do sistema de execução penal. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 9, nº 2, Itajaí: Univali, 2004.

80 Não se deve esquecer, porém, que os princípios servem para balizar a intervençã das leis e sua correção no processo de criminalização secundária, ou seja, no momento de aplicação da lei pelo magistrado.

81 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal,*... cit., 2002, p. 101.

82 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997. v. I, p. 81.

83 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 339.

84 Por exemplo, nas chamadas *causas supralegais de justificação*.

85 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 339.

86 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción*... cit., p. 89.

87 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORNAZABAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones*... ci p. 94. Os autores citam como exemplo o art. 20.7 do Código Penal español, que contém a causa de justificação de atuar em cumprimento de um dever ou em exercício legítimo de um direito, ofício ou cargo. "Esta constitui uma cláusula genérica aberta à remissão ao resto do ordenamento jurídico. É a outro ramo do ordenamento jurídico onde haverá que dirigir-se para valorar se uma conduta concreta realizada é ou não contrária ao direito. A respectiva área jurídica poderá informar-nos de que o autor lesionou um bem jurídico mas estava atuando dentro dos limites de um dever."

88 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal... cit.*, 1998, p. 78.

89 A respeito do uso da Medida Provisória em Matéria Penal, vide: LUISI, Luiz. A Crise Contemporânea da Legalidade Penal,*Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*. Coord. de Luiz Flávio Gomes São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 253 ss.

90 Assim assinala Stratenwerth: "O iluminismo entendeu como insuportável que o poder estatal pudesse apenar ações que no momento de sua execução eram impunes, ainda que o comportamento em questão estivesse proibido pelos usos e costumes." STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*... cit., p. 29.

91 LUISI, Luiz. *Princípios*... cit., p. 27.

92 LUISI, Luiz. *Princípios*... cit., p. 27.

93 LUISI, Luiz. *Princípios*... cit., p. 27.

94 Nesse sentido, a opinião crítica de Luiz Luisi quando afirma que "também se costuma incluir no elenco das violações dos postulados da reserva e da irretroatividade o ocorrido nos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, que com base em convenções Internacionais ajustadas após os fatos, condenaram à morte e à prisão perpétua líderes políticos das nações vencidas, Alemanha e Japão. Alguns autores procuram justificar as sentenças dos Tribunais internacionais mencionados, alegando que não houve violação dos postulados de prévia legalidade e da irretroatividade, porque os fatos cometidos determinantes das condenações atentavam contra elementares exigências de Justiça e eram substancialmente criminosos e, pois, estavam implicitamente previstos como delito. Dizem esses estudiosos que não houve realmente uma violação da perspectiva substancial e concreta. Data vênia se tais condenações se podem talvez justificar com base em imperativo de justiça concreta, mas é evidente terem sido postergados o princípio da Reserva Legal e o da irretroatividade. A chamada 'legalidade substancial' é de notória equivocidade, e enseja induvidosamente o arbítrio. Se vencedores tivessem sido os nazistas, talvez as lideranças dos países seus inimigos teriam sido submetidos a julgamento com base na mesma 'legalidade substancial'". LUISI, Luiz.*Princípios*... cit., p. 27-28.

95 Uma visão crítica sobre o Tribunal Penal Internacional recém-criado pode ser vis em Paulo César Busato. Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direit

Penal. *RT,* v. 809, ano 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 421 ss. Publicado também em *Direito e Sociedade, Revista do Ministério Público do Paraná.* Curitiba: Ministério Público do Paraná, v. 2, nº 1, p. 143 ss.

96 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal... cit.*, p. 28.

97 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*... cit., 2002, p. 137.

98 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORNAZABAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones*... cit., p. 82-83. Nesse sentido, também, Zaffaroni: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. *Derecho penal*... cit., p. 122.

99 COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal... cit.*, 1987, p. 177.

100 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos*... cit., p. 320.

101 Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 99; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 54.

102 No mesmo sentido, reconhecendo que o modelo constitucional, o qual determina o princípio de legalidade, exige a aplicação deste ao processo penal se posicionam Paulo Queiroz e Antonio Vieira, ao afirmarem que "'a irretroatividade da lei penal' deve também compreender, pelas mesmas razões, a lei processual penal a despeito do que dispõe o art. 2º do Código de Processo Penal, que determina, como regra geral, a aplicação imediata da norma, uma vez que deve ser (re)interpretado à luz da Constituição Federal". QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da Lei Processual Penal e Garantismo. *Boletim do IBCCrim*, ano 12, nº 143. São Paulo: IBCCrim, out. 2004, p. 14-17. Uma vez que se acolhe um modelo omnicompreensivo do sistema penal, ou seja, onde o sistema penal inclui o processo penal, esta termina sendo uma conclusão lógica.

103 Veja-se, a respeito, a aberrante construção da ideia de tratar o cidadão autor de delito como *inimigo*, como pretende Jakobs: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo.* Madrid: Thomson – Civitas, 2003. Essa postura, amplamente criticada pelos autores defensores de um Direito penal compatível com o regime democrático tem gerado, em nosso entorno jurídico, inclusive alguma expressão legislativa, como as regras do Regime Disciplinar Diferenciado no âmbito da execução penal. Para comentários

críticos a respeito veja-se Paulo César Busato. Regime disciplinar diferenciado como produto de um Direito penal de inimigo. *Revista de Estudos Criminais*, nº 14, Porto Alegre: Notadez Editora, 2004. p. 137 ss.

104 Cf. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtstaatliche Utopie. *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*. Org.: Peter Selmer, Wolfgang Martens, Ingo von Münch. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. p. 232.

105 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*... cit., p. 254.

106 COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal... cit.*, 1987, p. 65.

107 Nesse sentido serve o alerta de Hassemer: "A tendência do legislador moderno a expressar-se melhor de forma pouco clara, e de carregar o peso da decisão nos ombros alheios, tem diferente intensidade segundo as ramas do direito e, também, diferentes consequências. Há ramos do direito que, por assim dizer, se encontram em movimento por sua própria natureza (como por exemplo, o direito econômico ou impositivo), enquanto que há outras ramas que se apoiam melhor em regulações de certo modo eternas (como, por exemplo, o direito de família ou o direito penal). Os âmbitos "móveis" toleram melhor que os "eternos" um direito judicial flexível. Nestes últimos, as modificações normativas supressivas, frequentes e não espetaculares transmitem a sensação de instabilidade e irritação, enquanto que nos outros, pode ser um indício de presença e modernidade". HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva.* Trad. de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 1995. p.18.

108 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*... cit., p. 254.

109 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*... cit., p. 255.

110 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 348.

111 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*... cit., p. 255.

112 Art. 68 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

113 Art. 7º da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006.

114 Art. 368 do Código Penal Espanhol: "[...] Os que executem atos de cultivo elaboração, tráfico ou mesmo que promovam, favoreçam ou facilitem o consumo de drogas, estão sujeitos a penas de três a nove anos de prisão (em caso de

produtos que causem grave prejuízo à saúde) e de um a três anos para casos considerados menos graves".

115 Veja-se a respeito: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 345-346.

116 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 345-346.

117 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 346.

118 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 175.

119 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...* cit., p. 255 ss.

120 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...* cit, p. 175.

121 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos...* cit., p. 320.

122 Nesse sentido, o comentário de Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado...* cit., p. 497.

123 LUISI, Luiz. *Princípios...* cit., p. 20-21.

124 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro. Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 335.

125 Assim, por exemplo: LUISI, Luiz. *Princípios...* cit., p. 21.

126 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Lima: Editorial Jurídica, 1998. t. I, p. 175.

127 A denominação "princípio de intervenção mínima" foi primeiramente utilizada po Francisco Muñoz Conde. *Introducción...* cit., p. 59. Nesse sentido, refere: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso...* cit., p. 82. Aqui estão contidas as ideias de subsidiariedade e fragmentariedade, bem como os chamados subprincípios de lesividade, de humanidade e de proporcionalidade.

128 "O pensamento *utilitarista* iluminista sublinhou que o direito a punir teve sua origem no contrato social. E que os homens só renunciaram a uma parte de sua liberdade: a porção menor possível, a indispensável, para constituir um depósito público que garantisse a tranquilidade. Todo castigo que exceda tal delegação é um abuso." GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio... ci 1996, p. 251.

129 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio... cit., 1996, p. 25

130 Nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi *Diritto e Ragione*. 6. ed. Roma/Bari: Laterza, 2000. Popularizaram-se no Brasil, primeiramente, a edição espanhola: FERRAJOLI, Luigi *Derecho y razón*. 4. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2000, e depois a brasileira: FERRAJOLI, Luigi *Direito e Razão*. Trad. de Ana Paula Zommer, Juarez Tavares, Fauzi Hasan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

131 Tudo recomenda que se trate a subsidiariedade e a fragmentariedade não como princípios autônomos, mas como características do princípio de intervenção mínima. Isso porque, em muitos casos, as duas características se complementam na análise específica de alguns problemas, tornando difícil a delimitação de onde começa a incidência de uma e termina a de outra. Aliás, assim também é apresentado o tema em Nilo Batista. *Introdução...* cit., p. 85.

132 Nesse sentido: MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. Aproximación teórica al principio de intervención mínima e a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización. *Revista Faculdade da Universidad de Granada*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 1983. p. 67.

133 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes *Derecho penal...* cit., 2002, p. 78.

134 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio... cit., p. 249.

135 "A esta proposta pode criticar-se sua escassa mobilidade. Não seria acertado, pois os bens jurídicos não são uniformes, mas diferentes segundo a constituição e, portanto, o âmbito social onde se movam e o momento histórico no que se produzam." MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. Aproximación... cit., p. 73.

136 Cf. GRISPIGNI, Fillipo; MEZGER, Edmund *La reforma penal nacional-socialista*. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 43.

137 "De acordo com este princípio, foram desaparecendo do moderno Direito penal, delitos como a homossexualidade entre adultos, o adultério, o bestialismo, a blasfêmia; comportamentos considerados tradicionalmente como imorais e castigados pelo Direito penal mas que, ao não concretizarem-se na lesão de bens jurídicos particulares determinados, deixaram de ser puníveis." MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes *Derecho penal...* cit., 2002, p.

81.

138 Por força da Lei nº 11.106/05, de 29 de março de 2005.

139 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*... cit., 2002, p. 80.

140 HASSEMER, Winfried. *Persona*... cit., p. 52.

141 Nesse sentido: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisc *Introducción*... cit., p. 109: "Precisamente a meta de uma teoria monista personalista é funcionalizar os interesses gerais desde o ponto de vista da pessoa, deduzindo os bens sociais e estatais do indivíduo. Para esta teoria, os interesses gerais só se podem reconhecer legitimamente na medida em que sirvam aos interesses pessoais".

142 Nesse ponto estamos de acordo com o que preconiza Muñoz Conde: "Só uma teor personalista do bem jurídico pode invocar com legitimidade uma concepção liberal de Estado, [...]." HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisc *Introducción*... cit., p. 109.

143 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción*... cit., p. 112 "[...] a concepção personalista do bem jurídico luta por uma política do Direito penal vinculada a princípios e que justifique e meça suas decisões em função de saber se é que se protege interesses humanos dignos de proteção".

144 Nesse sentido: "O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelc *princípio de intervenção mínima* [...] só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes." MUÑOZ CONDE, Francisco GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*... cit., 2002, p. 72.

145 De acordo com isso refere Muñoz Conde: "A meu juízo a "subsidiariedade", "acessoriedade", ou "secundariedade", não é mais que uma das consequências do princípio de intervenção mínima." MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍ ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*... cit., 2002, p. 72.

146 Nesse sentido, Ribeiro Lopes assinala: "Tem-se entendido, ainda, que o Direitc Penal deve ser a *ratio* extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do Direito se revelaram incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade". LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal, análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e dc*

jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 64.

147 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...* cit., p. 247.

148 Nesse sentido García-Pablos: "O direito penal não é o recurso mais idôneo e efic para prevenir o delito, não é, tampouco, a resposta natural e primária, nem a solução a mesmo! Mais direito penal não significa menos delito; [...] A pena não convence, dissuade, atemoriza. Reflete mais impotência, o fracasso e a ausência de soluções que a convicção e a energia necessárias para abordar os problemas sociais". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio... cit., 251.

149 "A 'intervenção' subsidiária do Direito Penal... é um postulado limitador do *ius puniendi*, de fundamento político-criminal, que sugere aos poderes públicos um uso parco e cauto dos gravosos recursos 'penais', precisamente porque o Estado de Direito dispõe de outros meios eficazes e de menor custo social." GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio... cit., p. 253.

150 TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: Mol Siebeck, 1969. p. 145.

151 A preocupação aparece em Luís Greco. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade em Direito penal. *Novos Rumos do Direito penal contemporâneo.* Coord.: Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 417-418.

152 JAKOBS, Günther.*Derecho Penal. Parte general. Fundamentos e teoría de la imputación.* 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 60-61.

153 A respeito, veja-se: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionado* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, especialmente p. 101 ss.

154 De modo similar, porém focado na pena, o esboço de Luís Greco. Breves reflexõ sobre os princípios da proteção de bens jurídicos... cit., p. 418.

155 Assim, por exemplo, no julgamento do HC 127791/DF, pela 6ª Turma do Superio Tribunal de Justiça, relator Min. Paulo Galotti.

156 Como por exemplo, no HC 107779/RS, julgado pela 5ª Turma do Superior Tribun de Justiça, relator Min. Arnaldo Esteves Lima.

157 Por exemplo, no julgamento do REsp 828094/RS, pela 5ª Turma do Superio Tribunal de Justiça, relator Min. Arnaldo Esteves Lima.

158 Por exemplo, o HC 118206/MG, julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Min. Celso Limongi, ou o REsp 925272/RS, julgado pela 5 Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Min. Jorge Mussi.

159 A respeito especificamente do tema, veja-se, com detalhes: BUSATO, Paulo Césa MONTES HUAPAYA, Sandro *Introdução ao Direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 39 a 64, especialmente p. 56-57.

160 No mesmo sentido, Muñoz Conde: "A respeito da *pena de morte*, o princípio de humanidade impõe sua abolição nos países onde existe; pois nem serve mais que outras penas para proteger à comunidade, nem permite nenhum tipo de ação ressocializadora sobre o delinquente [...]". MUÑOZ CONDE, Francisco GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*... cit., 2002, p. 84.

161 A última previsão legislativa da pena de morte no Brasil constou da Constituição de 1824 e do Código Penal de 1830, mas foi abolida pelo advento do Código Penal de 1890. As Constituições Federais redigidas em regimes democráticos – 1891, 1934 e 1946 – foram explicitamente contrárias à possibilidade, ressalvando apenas o caso de crimes de guerra. Já a Constituição Federal de 1937, da era Vargas, admitia a pena de morte para seis diferentes crimes. A Constituição de 1967, do período de ditadura militar, através de modificações derivadas do Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969, previu pena capital para casos de "guerra psicológica, revolucionária ou subversiva". Atualmente, a Constituição da República de 1988 voltou a restringir a pena de morte para crimes militares em caso de guerra declarada (art. 5º, inciso XLVII). Já a última execução de pena de morte documentada, conquanto seja costumeiramente repetido o caso do enforcamento do fazendeiro Manoel da Motta Coqueiro, em Macaé, então Província do Rio de Janeiro, em 6 de março de 1855, na verdade, não foi esta. Na cidade do Pilar, na Província das Alagoas, em 28 de abril de 1876, após ter negada a petição de *Graça Imperial* dirigida ao então Imperador D. Pedro II, foi executado um escravo identificado unicamente pelo nome *Francisco*, por decisão judicial do magistrado Francisco José da Silva Porto. Para detalhes, veja-se: LIMA JÚNIOR, Félix *Última execução judicial no Brasil.* Maceió: Imprensa Universitária, 1979.

162 ESER, Albin. Una justicia penal "a la medida del ser humano. Visión de un sisten penal e procesal orientado al ser humano como individuo e ser social". *Revista*

de Derecho Penal e Criminología, 2ª Época, nº 1, Madrid: UNED, 1999, p 148-149.

163 "A pena de morte infligida aos criminosos pode ser encarada, de certo modo, sob mesmo ponto de vista: é para não ser a vítima de um assassino que alguém consente em morrer, caso se torne assassino. Neste tratado, longe de dispor de sua própria vida, só se pensa em garanti-la." ROUSSEAU, Jean-Jacques*O contrato social*... cit., p. 44.

164 MESTRE, Aquiles.*Las personas morales y su responsabilidad penal*. Trad. de César Camargo y Marín, Madrid: Gongora, 1930, p. 34.

165 A referência aqui é às recentes discussões havidas, especialmente na Europa, sob as hipóteses de *ticking-time bombs* e outras similares. Para o definitivo espancamento dessas posturas, recomenda-se a leitura do excelente artigo de Luis Greco. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados 'casos de bomba-relógio'. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 78, maio/jun. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 7 ss.

166 Para detalhes e crítica sobre o tema, veja-se: MUÑOZ CONDE, Francisco BUSATO, Paulo César.*Crítica ao Direito e ao processo penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, especialmente o Capítulo II, em que o Prof Muñoz Conde explora detalhadamente situações processuais de violações de garantias relacionadas ao emprego de gravações, fixando claramente os limites dessas possibilidades.

167 Interessante mostra da realidade social carcerária brasileira expõe Drauzio Varel *Estação Carandiru.* São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

168 BUSATO, Paulo César. A progressão de regime prisional como exigência teleológica funcional do sistema de execução penal. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 9, nº 2, Itajaí: Univali, 2004.

169 Sobre a progressão de regime do estrangeiro, veja-se BUSATO, Paulo César Ejecución penal y ciudadanía global: la discriminación en el régimen progresivo de cumplimiento de pena para el extranjero en Brasil, *Revista General de Derecho Penal,* v. 11, 407635, 2009.

170 Veja-se: BACIGALUPO, Enrique. Principio de Culpabilidad e individualización la pena. El nuevo Código Penal: presupuestos e fundamentos, *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Dirigido por Carlos María Romeo

Casabona. Granada: Comares, 1999. p. 35.

171 Sustenta García-Pablos de Molina que o conceito *lato* ou *político criminal* result mais adequado quando se alude aos limites do *ius puniendi*. O sentido amplo expressa o conjunto de pressupostos necessários para poder *culpar* alguém pelo evento que motiva a pena (pressupostos que, naturalmente, afetam a todos os requisitos do conceito de delito). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antoni *Derecho penal*... cit., p. 391.

172 Nesse sentido: LUISI, Luiz.*Princípios*... cit., p. 32. Luisi cita como dispositivos esparsos que consagram a culpabilidade constitucionalmente os incisos XVII e XLVI do art. 5º.

173 Para Cláudio Brandão, a razão pela qual esses povos não desenvolveram o conceito de culpabilidade está vinculada à ausência do reconhecimento de todas as pessoas como seres humanos, pela sua simples existência. O autor busca na referência aristotélica ao homem como ser político a existência de uma nota distintiva que impedia o reconhecimento de todos como seres humanos. BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direit penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais,* nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 172.

174 MOMMSEN, Teodoro.*Derecho penal romano*. 2. ed. Trad. de Pedro Dorado Montero. Bogotá: Themis, 1999. p. 65.

175 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis*Tratado de Derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1963. t. V, p. 102.

176 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 204.

177 Aqui considerado especialmente como uma corrente de pensamento típica da civilização da Europa Ocidental a partir dos séculos XV e XVI, conquanto tivesse alguns predecessores como Dante Aliguieri (1265-1321) e Francesco Petrarca (1304-1374).

178 BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise dogmática... cit., p. 172.

179 Luisi anota também resquícios da ideia de diferenciar a pena de acordo com a vontade na Grécia, nas leis de Sólon, e também em Roma, na tratativa dada ao homicídio pela Lex Numa, no século IX, antes de Cristo. LUISI, Luiz *Princípios... cit.*, p. 32-33.

[180] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado...* cit., p. 450.

[181] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado...* cit., p. 450.

[182] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado...* cit., p. 450.

[183] Luiz Luisi faz referência crítica ao Iluminismo no que se refere ao princípio da culpabilidade, afirmando que o movimento em nada contribuiu para a afirmação da culpabilidade. Cita, inclusive, como fundamento de sua assertiva, passagem de Beccaria: "'Erram', – escreveu o Marques italiano – 'aqueles que acreditam que a verdadeira medida do delito deve ser a intenção de quem o comete'. E sustenta: 'algumas vezes os homens com a melhor intenção fazem um grande mal à sociedade; e algumas vezes com a mais torpe vontade lhe fazem o maior bem'. E ainda: 'a verdade do delito está no dano, causado à sociedade'". LUISI, Luiz *Princípios...* cit., p. 35. Não parece correta a observação. O iluminismo é, antes de tudo, a afirmação do homem como indivíduo titular de direitos e obrigações. A pessoalidade das obrigações jurídicas é a fonte direta da culpabilidade como princípio. Contraditoriamente, o próprio Luiz Luisi, na mesma obra, reconhece que "dando relevância ao princípio da culpabilidade o nosso ordenamento jurídico que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana põe como centro do nosso direito penal o homem, visto como um ser livre, ou seja, capaz de autodeterminar-se". *Princípios...* cit., p. 38. A opinião aqui adotada coincide com a de Zaffaroni, que chega a apontar para o princípio de culpabilidade como sendo uma das mais importantes contribuições do chamado "Estado de Direito". Refere o jurista argentino: "o princípio de culpabilidade é o mais importante dos que derivam de forma direta do Estado de Direito, porque sua violação importa o desconhecimento da essência do conceito de pessoa. Imputar um dano ou perigo para um bem jurídico, sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena fundada apenas na causalidade) equivale a degradar o autor a uma 'coisa causadora'". ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. *Derecho penal...* cit., p. 139.

[184] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado...* cit., p. 450.

[185] ZAFFARONI, Eugenio Raúl*Manual...* cit., p. 653. A diferenciação entre um momento objetivo e um momento subjetivo no âmbito do ato ilícito tem origem no Direito Civil, com o trabalho de Von Ihering. IHERING, Rudolf Von. Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. *Festschrift für Birnbaum*. Gieben,

1867, p. 4.

186 ROXIN, Claus. *Derecho penal, Parte General*... cit., p. 794.

187 MORALES PRATS, Fermín. Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas e función individualizadora, Libro Homenaje al profesor Dr. Angel Torio López. Granada: Comares, 1999. p. 171-184.

188 URQUIZO OLAECHEA, José. La Culpabilidad penal, *Una Visión Moderna de la Teoría do Delito,* Revista editada por el Ministerio de Justicia de Perú. Lima: Ministerio de la Justicia, 1998. p. 77.

189 HIRSCH, Hans Joachim. El Principio de Culpabilidad y su función en el derecho penal, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, nº 5, Enero/Junio 1995, Lima: GC p. 180.

190 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 451.

191 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 26.

192 Vide, a respeito, BGH, 2, 194 [200]; 18, 87 [94].

193 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos*... cit., p. 250.

194 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso*... cit., p. 87.

195 Até os anos 50 do século XX, por exemplo, o princípio de culpabilidade ainda não havia sido reconhecido pelo Tribunal Constitucional Alemão como elemento fundante da própria concepção de Estado. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo, *El sistema moderno del Derecho penal*: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1989. p. 148.

196 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 392.

197 Nesse sentido, a referência em SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad... cit., p. 147 e 149.

198 LISZT, Franz von. *Das deutche Reichsstrafrecht*. Berlin-Leipzig: J. Guttentag 1881. p. 64-65.

199 Veja-se a respeito: ENGISCH, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*. Trad. de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires – Montevideo: BdeF, 2006. p. 75-76, especialmente nota nº 58. No mesmo sentido, genericamente, BINDING, Karl *Die Normen und ihrer* Übertretung. *Eine Untersuchung* über *die rechtmäßige Handeln und die*

Arten des Delikts. 2. ed. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1890. v. II, 1, p. 24.

200 Encontram-se próximos a essa postura, ainda que com diferentes matizes, entre outros: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 175 ss; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 123 ss; BACIGALUPO, Enrique. *Principios*... cit., 1990, p. 174 ss; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual*... cit., p. 371 ss.

201 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios*... cit., p. 176-179.

202 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 392.

203 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. *Libro homenaje al Profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Ed.: José Luiz Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín e Juan Felipe Higuera Guimerá. Madrid: Tecnos, 2003. p. 224.

204 PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención*: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: Editorial Universidad Autónoma de Madrid, 1990. p. 140.

205 CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. *Derecho penal*... cit., p. 212.

206 Nesse sentido, a arguta análise crítica desenvolvida por Tomás Salvador Vives Antón. El principio de culpabilidad... cit., p. 212.

207 A respeito da moderna visão sobre a indeterminação, resulta interessante a obra de Ilya Prigogine. *O fim das certezas*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.

208 Assim, por exemplo, em: STRAWSON, Peter Frederick. *Libertad y resentimiento*. Trad. de Juan José Acero, Barcelona: Paidós, 1995. p. 37.

209 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 213-219.

210 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 214.

211 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 214.

212 Especialmente em David Hume. *A treatise of human nature*: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning Into Mor. Harmondsworth, Middlesex: Penguin, 1969. p. 216.

213 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 214-215.

214 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 215.

215 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 215-223

216 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 217.

217 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 217.

218 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 217.

219 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 217.

220 Em sentido similar, refere Schünemann que "a construção das frases com um suje agente e um objeto que padece da ação, assim como as formas gramaticais da voz ativa e a passiva mostram uma visão de mundo conformada pelo sujeito ativo e, em última instância, por sua *liberdade de ação*, que constitui um ponto de partida do qual não se pode prescindir enquanto tais estruturas dominem nossa sociedade". SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio d culpabilidad... cit., p. 155.

221 Cf. Tomás Salvador Vives Antón. El principio de culpabilidad... cit., p. 223, para quem esta é a verdadeira "armadilha" do determinismo. Em sentido similar, a crítica de Bernd Schünemann. La función del principio de culpabilidad ... cit., p. 156-157.

222 HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p 111.

223 HASSEMER, Winfried. *Persona...* cit., p. 111-112.

224 "[...] a polêmica entre determinismo e indeterminismo será eternamente impossív de decidir, porque ela absolutamente não existe". HASSEMER, Winfried *Introdução aos fundamentos do Direito penal.* Trad. de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 306.

225 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 219.

226 Nesse sentido: HASSEMER, Winfried*Introdução aos fundamentos do Direito penal...* cit., p. 307.

227 Cf. CEREZO MIR, José. Culpabilidad y pena*Problemas Fundamentales del Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1982. p. 179-180.

228 Sobre esse assunto veja-se: COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Toma S. *Derecho penal. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 539. Para

detalhes, cf.: KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes.* Trad. de Édson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, especialmente p. 71-73.

229 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Direito penal. Parte Geral.* 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 349. Também em defesa de uma conexão da culpabilidade penal com a culpabilidade moral veja-se: KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosphische Untersuchung*. Heidelberg: Winter, 1961. p. 129.

230 A respeito, resulta interessante o filme *Pierrepoint- the last hangman*, que narra justamente a perturbação moral da vida do último carrasco do Reino Unido, antes da abolição da pena de morte.

231 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 226.

232 Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 226.

233 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 226.

234 ROXIN, Claus. Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilida *Culpabilidad y prevención en Derecho penal.* Trad. de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 41.

235 ROXIN, Claus. Reflexiones... cit., p. 43.

236 "O conceito de culpabilidade como fundamento da retribuição é insuficiente e de ser abandonado, mas o conceito de culpabilidade como princípio limitador da pena deve seguir sendo mantido e pode ser fundamentado também teoricamente nesta segunda função." ROXIN, Claus. Reflexiones... cit., p. 43. A essa tese houve, desde o princípio, uma séria crítica, oriunda principalmente de Arthur Kaufmann. Cf. a tese de Kaufmann em KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosphische Untersuchung*. Heidelberg: Winter, 1961.

237 ROXIN, Claus. Reflexiones... cit., p. 47. Daí deriva o próprio conceito dogmático que Roxin propõe em substituição à tradicional *culpabilidade* como elemento do crime. Ele entende que esta deva ser substituída pelo conceito *responsabilidade* que compreenderia a *culpabilidade* propriamente dita somada à necessidade de castigo. Veja-se, a respeito, para mais detalhes: ROXIN, Claus. 'Culpabilidad' y 'Responsabilidad' como categorías sistemáticas jurídico-penales. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal.* Trad. de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 57-92.

238 ROXIN, Claus. Reflexiones... cit., p. 48.

239 Nesse sentido, a crítica de Tomás Salvador Vives Antón. El principio de culpabilidad... cit., p. 224.

240 LENCKNER, Theodor. Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*Handbuch der forensischen Psychiatrie*. Org.: H. Göppinger e H. Witter. Berlin: Springer 1972. t. I, parte A, p. 18.

241 Cf. CEREZO MIR, José. El concepto material de culpabilidad, *Revista Peruana ciencias penales*, año III, nº 6, Lima: GC Ediciones, 1995. p. 559-565.

242 HASSEMER, Winfried. *Persona...* cit., p. 111.

243 HASSEMER, Winfried. *Persona...* cit., p. 111.

244 HASSEMER, Winfried. *Persona...* cit., p. 111.

245 HASSEMER, Winfried. *Persona...* cit., p. 114-116.

246 "A atitude objetiva comporta uma racionalidade instrumental, desde a qual o outr não conta senão como objeto." VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El princip de culpabilidad... cit., p. 229.

247 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 224. C também: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador*Fundamentos del Sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 487.

248 Nesse sentido, a crítica de Tomás Salvador Vives Antón. El principio de culpabilidad... cit., p. 229.

249 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 232.

250 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 232.

251 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 233. C WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*. Barcelona: Gedisa, 2000. nº 450.

252 Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad... cit., p. 232.

253 A expressão *beyond all reasonable doubt* é fartamente empregada na processualística do *Common Law* para a afirmação das validades probatórias.

254 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997. p. 58.

255 Nesse sentido: CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José

Direito penal na constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 72; SOLER, Sebastián.*Derecho Penal Argentino*. 5. ed. Buenos Aires: TEA, 2000 v. *2*, p. 3; VON HIPPEL, Roberto*Manuale Di Diritto Penale*. Trad. de Roberto Vozzi. Napoli: Eugenio Novele, 1936. p. 179.

256 LUISI, Luiz. *Princípios*... cit., p. 51.

257 "A lei não pode estabelecer mais penas que o estrito e evidentemente necessário e ninguém pode ser castigado se não em virtude de uma lei estabelecida com antecedência ao delito e legalmente aplicada."

258 De modo mais explícito, a responsabilidade penal vinculada ao ato praticado aparece no art. XI, 2.

259 O fato é também relatado como uma violação do princípio da pessoalidade da pena por, Luiz Vicente Cernichiaro e Paulo José da Costa Júnior.*Direito penal*... cit., p. 72.

260 Nesse sentido: CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal*... cit., p. 126.

261 *V. g.*: "Assim, no primitivo direito grego a punição prescinde da voluntariedade do delito e, em razão de uma necessidade fatal que não distingue entre culpáveis e inocentes, pode alcançar não só ao ofensor senão também a outros membros de seu círculo de parentes. O mesmo pode dizer-se do direito hebreu, que não distinguia sequer entre delitos intencionais e acidentais e previa penas também para os filhos e os descendentes do réu até a sétima geração. Inclusive na Idade Média, no antigo direito germânico, a vingança recaía sobre o ofensor e seus achegados, e, quando não desembocada em confrontação armada, se resolvia em um pacto privado, no qual a indenização corria a cargo do réu e de seus parentes pouco mais que a título de ressarcimento do dano, independentemente da vontade da ação". FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 2. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997. p. 487-488.

262 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 396.

263 *V. g.*: Zugaldía exemplifica esta situação: "Ansioso de obter benefícios econômicos, Juan, médico de profissão, convenceu a Luis (que acudiu a sua consulta queixando-se de moléstias intestinais) de que sofria um ataque de

apendicite (o que era totalmente falso) e de que deveria operar-se. Assim as coisas, Juan internou a Luis em sua clínica privada e, depois de realizar-lhe uma grande quantidade de provas – inclusive cardiológicas – que puseram de manifesto que Luis se encontrava em perfeito estado de saúde (ditas provas permitiam a Juan, de passagem, a obtenção de benefícios adicionais), procedeu a simulação da intervenção cirúrgica, para o que ministrou a Luis anestesia geral em dose terapêutica. Surpreendentemente, ao ser anestesiado, Luis sofreu uma parada cardíaca, imprevisível para Juan, que determinou seu falecimento. Neste caso Juan responderá criminalmente por um delito de estelionato em grau de tentativa e, inclusive, de um delito de lesões em grau de tentativa, mas o que Juan não responderá em nenhum caso é pela morte de Luis, posto que este concreto resultado não foi querido por ele, nem pode prevê-lo". ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos*... cit., p. 251.

264 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos*... cit., p. 252 ss.

265 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 453 ss.

266 Mezger propôs a adoção de uma culpabilidade pela condução de vida ao associar motivação a uma ideia de personalidade representada pelo caráter do autor (MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. 3. ed. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. t. II, p. 58-68). Evidentemente, essa postura conduz a um inadmissível Direito penal de autor. Por isso a concepção é rechaçada pela doutrina em geral. Por todos, veja-se Jescheck (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 25): comenta que "a essência da culpabilidade não é vista [...] em um defeito do caráter adquirido por uma má e culpável condução de vida ('culpabilidade pelo modo de vida'), mas em que o autor na situação concreta não se ajustou às exigências do Direito, apesar de isto ter sido possível (culpabilidade pelo fato)". Para um panorama sobre as tendências de Direito penal de autor nos anos 30 do século XX, veja-se: ROXIN, Claus. *Derecho penal, Parte General*... cit., p. 179-184.

267 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 454.

268 Para detalhes sobre a violação do princípio de culpabilidade pela responsabilização criminal dos delitos de acumulação, veja-se: SILVA DIAS, Augusto. What If Everybody did it?: sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciências*

Criminais, ano 13, nº 3, jul./set. 2003, Coimbra: Coimbra Editora, p. 303 ss, especialmente 332-335, onde o autor, além de identificar a ofensa ao princípio de culpabilidade, também comenta as violações dos princípios de proporcionalidade e ofensividade.

269 Sobre esse tema, desde um ponto de vista processual dos requisitos necessários para o recebimento da denúncia, veja-se: MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. O princípio da insignificância e o crime continuado sob uma angulação processual. *Boletim do IBCCrim*, ano 15, nº 182, jan. 2008. p. 14-15.

270 Essa terminologia é sugerida por Rogério Lauria Tucci. *Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 378.

271 TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias*... cit., p. 28.

272 CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal*... cit., p. 88.

273 Nesse sentido, por exemplo, concorrem as lições de Bettiol e Sabatini, citadas po Cernichiaro: “Diversa é a situação no âmbito do processo penal. Aqui, o Estado, enquanto portador dos supremos valores ético-político-jurídicos, não pode ser considerado sujeito de uma lide com o acusado. Está em posição de absoluta preeminência embora o exercício das funções processuais deva levar sempre em conta os direitos de liberdade do acusado, que representam o valor primeiro de todo o sistema social. O conflito entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis* não pode ser concebido no modelo de uma lide privada onde se discute bem econômico; ao contrário, é coisa que toca as razões mesmas e a possibilidade de convivência social ainda que as posições do Estado e do cidadão possam se enquadrar no conceito de direito subjetivo (público). A liberdade individual, em jogo no processo penal, é, assim, bem importante de modo a não poder ser considerado objeto de lide. Estamos diante de um conflito; mas nem todo conflito é lide” (BETTIOL Giuseppe. *Instituzioni di diritto e procedura penale*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1973. p. 169-170. “A presunção de inocência, pois, representa o consagrado princípio constitucional do *favor libertatis*. Não se esqueça que a hipoteticidade da imputação tem a dúvida como base do processo. A situação de dúvida, originária do processo, não se desfaz senão com a sentença transitada em julgado; esta situação impõe que no processo penal persista a presunção de inocência até que a dúvida seja desfeita pelo juiz” (SABATINI, Giuseppe

Principii constituzionali del processo penale. Napoli: Jovene, 1976. p. 49). In: CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal*... cit., p. 86.

274 Nesse sentido, refere Cernichiaro que "culpabilidade é censurabilidade da formação e manifestação da vontade", correspondendo ao aspecto humanista da Lei Fundamental". CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo Jo da. *Direito penal*... cit., p. 128.

275 Veja-se Rogério Lauria Tucci. *Direitos e Garantias*... cit., p. 379, que comenta: " denominada presunção de inocência [...] corresponde, tecnicamente, à não constatação prévia de culpabilidade [...] Consiste ele na asseguração, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevindo, então, a coisa julgada de autoridade relativa. E, regra tradicional da *common law*, foi consagrado, por força das ideias liberais que animaram a reforma do sistema repressivo no Século XVIII, no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão, de 1789, assim redigido: 'Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei'".

276 No sentido da manutenção da culpabilidade como limite da pena, porém, funcionalizando-a em face de uma diversa concepção das funções da pena, veja-se: SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad... cit., p 172-178.

277 CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal*... cit., p. 133.

278 Nesse sentido: CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da *Direito penal*... cit., p. 134.

Capítulo 3

LIMITAÇÕES DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

INTRODUÇÃO

Se, por um lado, a norma merece ser estudada desde um ponto de vista intrínseco, de sua carga de conteúdo, também há de se dirigir alguma atenção à sua expressão externa, qual seja, à forma através da qual sua positivação afirma sua validade.

A positivação da norma, como antes referido, dá-se por seu veículo, a lei.

A lei, por seu turno, pretende ser expressão concreta da norma que visa regular condutas.

Tendo em vista que essas condutas se expressam em uma dimensão de espaço e de tempo, estes devem ser os limites de afirmação ou negação de sua validade legislativa.[1]

As leis penais, nesse sentido, obedecem a limites demarcados pelo alcance de suas pretensões de validade.

Em termos de espaço, a vinculação da lei se dará segundo a dimensão territorial, sendo tanto mais distendida quanto mais reconhecida a legitimidade do órgão que dota a norma de expressão legislativa. Assim, dentro de uma ideia geral de territorialidade estarão as regras cujo reconhecimento da validade normativa – como norma de valoração – encontra acolhida no âmbito desse mesmo território, enquanto que há regras que podem aspirar a uma validade extraterritorial (ainda que emanadas de uma fonte territorialmente delimitada) na medida em que possuam reconhecimento comum transcendente aos limites territoriais relativos ao órgão do qual emanam.

Em termos de tempo, os limites de pretensão de validade das leis penais estão vinculados à regra fundamental relativa à norma de determinação. É que só é possível pretender afirmar a validade instrumental de uma norma plasmada em lei desde que

haja razoabilidade na pretensão de que tal norma seja obedecida. Daí a necessidade de tomar como baliza fundamental uma das vertentes do princípio de legalidade, qual seja, a retroatividade limitada às situações *in bonam partem.*

1 A PRETENSÃO DE VALIDADE DA LEI PENAL NO ESPAÇO

Tomando por base a organização geral das regras penais que, salvo as ainda tímidas iniciativas de cunho penal internacional,[2] restringem-se às iniciativas dos Estados-nação, a regra é o princípio de territorialidade, expresso justamente nas dimensões territoriais daqueles. Isso porque, em sendo o Direito penal um instrumento político estatal, é óbvio que sua expressão legislativa restará condicionada aos limites em que a soberania permite impor a atitude persecutória. Por isso, em casos de interesses comuns de agentes políticos estatais é que surgem iniciativas de emprego da imposição coercitiva de modo extraterritorial.

Em referência à legislação brasileira, verifica-se que a regra geral é de territorialidade (art. 5° do Código Penal), tendo como exceção a extraterritorialidade (art. 7° do Código Penal).

1.1 Territorialidade

A territorialidade deve ser considerada tanto do ponto de vista do conceito de território, como da expressão principiológica da ideia de soberania, conquanto esse próprio conceito hoje em dia venha se fluidificando, em face do inexorável processo de globalização.[3]

1.1.1 O princípio de territorialidade

Dentro da ideia geral de que a estrutura punitiva emana de um exercício de soberania, pode-se afirmar que a regra geral de aplicação da lei penal é a territorialidade. Ou seja, a territorialidade erige-se em uma condição de princípio, para determinar, por exemplo, que a lei penal brasileira encontra aplicabilidade para todos os crimes praticados no âmbito do território brasileiro. O art. 5° do Código Penal, na verdade, acolhe tal princípio como regra geral, sem olvidar a mitigação

necessária em face de convenções, tratados e regras internacionais.

1.1.2 Do conceito de território na lei penal brasileira

Território é, desde logo, todo o lugar onde o Estado exerce sua soberania. Considerando território a extensão de alcance da imposição política derivada da soberania, verifica-se, por óbvio, que sua dimensão não se restringe ao solo. Como se nota, é um conceito político--normativo, e não geográfico.[4]

Assim, temos que são incluídos no conceito de território, para fins de demarcação dos limites espaciais de pretensão de validade da lei penal, não só o solo, mas o subsolo, também as águas interiores, ou seja, os rios e lagos por ventura encerrados dentro dos limites do solo concernente ao país, o mar territorial, compreendendo 12 milhas marítimas a partir dos limites do litoral[5] e o espaço aéreo correspondente à coluna atmosférica que parte dos limites do solo e do mar territorial.[6] São ainda considerados (art. 5°, § 1°, do Código Penal) *território por extensão* as embarcações ou aeronaves brasileiras, públicas ou privadas.

As delimitações desse conceito de território, porém, nem sempre são simples. Isso se dá, por exemplo, nas situações em que os limites territoriais são demarcados por montanhas, ocasião em que "dois critérios podem ser utilizados: o da linha das *cumeadas* e o do *divisor de águas*",[7] ou nos casos em que a fronteira é demarcada por um rio ou um lago, casos em que, em sendo o rio ou lago pertencente a um país, a fronteira será a margem oposta, mas pertencendo a ambos, ou será a linha meridiana do leito do rio, ou acompanhará a sua maior medida de profundidade, o chamado *talvegue*. Há ainda a possibilidade, aventada por Bitencourt,[8] de que seja exercida soberania comum entre dois países sobre um rio limítrofe.

No caso dos chamados *territórios por extensão* cumpre fazer um esclarecimento. Os navios ou aeronaves podem ser públicos ou privados. Em sendo públicos, serão território por extensão onde quer que estejam. Caso sejam privados, hão de possuir registro em um determinado país (bandeira). Assim, serão considerados território por extensão do Brasil quando, sob bandeira brasileira, estiverem em águas ou espaço aéreo internacional, o mesmo não ocorrendo quando

estejam em mar territorial ou espaço aéreo de outros países. Os navios ou aeronaves públicos são aqueles de guerra, em serviço militar, em serviços públicos de qualquer natureza ou colocados a serviço de Chefes de Estado ou representantes diplomáticos.[9]

Convém apontar que, ao contrário de uma crença popular comum, as sedes diplomáticas não são consideradas extensões do território estrangeiro. A área de embaixada é território nacional, mas é, porém, protegida como inviolável, conforme determina a Convenção de Viena sobre relações diplomáticas em seu art. 21.

1.2 Extraterritorialidade

Apesar de ser regra geral a aplicação do princípio de territorialidade, há situações que reclamam a aplicação de leis penais ultrapassando os limites do território. Nesses casos, diz-se que a extraterritorialidade deriva da concorrência de outros princípios que, contrapondo-se ao de territorialidade, o fazem ceder.

Na verdade, as origens da extraterritorialidade em matéria penal estão nas ideias de que cada Estado, como representante da comunidade internacional civilizada, tem o direito e o dever de persecução para todos os crimes, independentemente do lugar onde ocorram.[10]

Em alguns casos, essas situações de extraterritorialidade demandam a prévia concorrência de determinadas condições, em outras, são incondicionadas.

Incumbe, pois, apresentar as hipóteses legislativamente previstas de extraterritorialidade e sua vinculação ou não a prévias e específicas condições, bem assim, verificar os princípios orientadores dessa distensão.

1.2.1 Hipóteses de extraterritorialidade. A necessidade ou não de submissão a condições prévias

A lei brasileira pode ser aplicada a crimes praticados fora do território nacional. As hipóteses de sua aplicação, algumas vezes, dependem da existência de determinadas condições prévias.

Daí deriva a necessidade de dividir as hipóteses de extraterritorialidade entre *extraterritorialidade incondicionada*, que compreende as situações descritas no art.

7°, inciso I, do Código Penal, e as situações de *extraterritorialidade condicionada*, que correspondem às situações descritas no art. 7°, inciso II, do Código Penal. As condições a que se subordinam estas últimas encontram-se expressas no art. 7°, § 2°, do Código Penal.[11]

1.2.1.1 A extraterritorialidade incondicionada

O art. 7°, inciso I, do Código Penal brasileiro elenca as situações em que a lei brasileira resulta aplicável a crimes praticados no exterior, independentemente da concorrência de quaisquer outras condições especiais.

São elas: quando o crime for praticado contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; contra o patrimônio ou a fé pública da União, Distrito Federal, de Estado de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; contra a administração pública, por quem está a seu serviço e, finalmente, nos crimes de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil.

1.2.1.2 A extraterritorialidade condicionada

Há ainda outras hipóteses de aplicação da lei brasileira para crimes cometidos no exterior que, no entanto, exigem, a par da ocorrência criminosa, a presença de outras condições concomitantes.

Tais condições concomitantes são expressas pelo art. 7°, § 2°, do Código Penal brasileiro e são: entrar o autor do crime no território brasileiro; ser o fato punível também no país em que foi praticado; estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza extradição; não ter sido o autor do crime absolvido ou cumprido pena pelo mesmo crime no estrangeiro; não ter sido perdoado ou ter tido de outra forma extinta sua punibilidade pelo crime, no estrangeiro.

As situações concretas, subsumidas a essas condições, que levam à aplicação de lei brasileira a crime praticado no exterior, são: crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; os crimes praticados por brasileiro e os crimes praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de

propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

Finalmente, é também condicionada a punição de crime de autor estrangeiro contra vítima brasileira, ocorrido fora do Brasil, segundo determina o art. 7°, § 3°, do Código Penal. Nesses casos, além de presentes as condições gerais já anunciadas, somam-se a elas outras duas: que não tenha sido pedida ou tenha sido negada a extradição do autor e que tenha havido requisição do Ministro da Justiça.

1.2.2 Os princípios relativos à lei penal no espaço, aplicáveis às hipóteses de extraterritorialidade segundo a legislação brasileira

Todas as hipóteses de extraterritorialidade demandam necessariamente uma sustentação em algum princípio. Isso em face da necessidade de sobreposição ao princípio de territorialidade que não poderia simplesmente ceder a uma regra. Assim, o Código Penal brasileiro estabelece uma série de princípios que justificam a casuística da extraterritorialidade. São eles:

1.2.2.1 Princípio real, de defesa ou de proteção

Em sendo o próprio Estado o titular de determinado bem jurídico afligido pelo crime, mesmo tendo sido o ilícito praticado fora do território nacional, o interesse punitivo se sobrepõe à regra do local onde foi praticada a infração e mesmo à nacionalidade do autor do delito. A regra reserva-se, por óbvio, não para todos os bens jurídicos concernentes ao Estado, senão somente para aqueles considerados fundamentais.

Assim, as hipóteses previstas nas alíneas "a" (vida ou liberdade do Presidente da República), "b" (patrimônio ou fé pública dos entes da administração pública) e "c" (a própria administração ou seu servidor) do inciso I, do art. 7°, do Código Penal, têm a extraterritorialidade aplicada por força do princípio real, de defesa ou de proteção.

No que tange à primeira hipótese, ou seja, do crime praticado contra a vida ou liberdade do Presidente da República, o Código Penal brasileiro (art. 5°, § 1°) prevê situação excepcional em que existe aplicação da legislação persecutória brasileira

ainda que tenha havido julgamento no exterior, inclusive diante de absolvição.

1.2.2.2 Princípio da nacionalidade ou da personalidade

A extraterritorialidade também pode ser aplicada por força do princípio da nacionalidade ou da personalidade. Isso significa que havendo envolvimento de algum brasileiro com evento criminoso que ocorra no exterior, imediatamente surge para o Brasil interesse persecutório. Esse princípio comporta uma subdivisão entre a nacionalidade ou personalidade *ativa*, que determina o interesse em função de ser o autor do crime brasileiro (art. 7°, inciso II, alínea "b", do Código Penal) e a nacionalidade ou personalidade *passiva*, quando a vítima é brasileira (art. 7°, § 3°, do Código Penal).

1.2.2.3 Princípio da universalidade ou cosmopolita

Esse princípio é o que norteia a cooperação internacional relacionada à persecução. Há delitos cujo interesse punitivo é compartilhado entre os distintos países e é por conta dele que aqueles casos cuja definição tenha sido objeto de tratados internacionais são perseguidos independentemente da nacionalidade do autor ou da vítima e mesmo do local do cometimento do ilícito. A base de todo o direito penal internacional encontra-se nesse princípio, no reconhecimento da nocividade universal de determinadas condutas. Nesses casos, a determinação de competência é estabelecida pela prevenção.[12]

1.2.2.4 Princípio da representação ou bandeira

O princípio da representação ou bandeira é dirigido especialmente a aeronaves e embarcações privadas ou mercantes. Como estas passam, muitas vezes, por áreas de domínio internacional ou livres de qualquer domínio, a possibilidade de que, nesse momento, ali ocorra eventualmente um caso que requeira jurisdição obriga-as a identificarem sua origem. Assim, a bandeira identifica a origem da aeronave ou embarcação e, por consequência, a jurisdição que atua sobre ela. Como se trata de embarcações ou aeronaves privadas, elas possuem a faculdade de registrar-se – e,

portanto, identificar-se – no país que queiram, submetendo-se às leis próprias do país, ao contrário das aeronaves ou embarcações do poder público, que estão previamente vinculadas ao Estado a cujo governo pertençam.

Bitencourt sustenta que esse princípio é *subsidiário*.[13] Com isso alude a que ele somente é aventado diante de lacunas punitivas, ou seja, em casos onde deveria ser aplicável a lei estrangeira para a punibilidade de determinado delito e, no entanto, este resta impune. A hipótese é prevista no art. 7°, inciso II, alínea "c", do Código Penal: crimes praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada que, estando no estrangeiro, aí não sejam julgados. Não há dúvida de que a observação procede.

1.3 Da limitação da aplicação do direito penal brasileiro em face das pessoas. As imunidades

Sobrevivem em nossos dias resquícios de tratamento penal diferencial em face das pessoas. A legislação penal brasileira, em princípio concebida para aplicar-se a todos indistintamente, resguarda, sob distintos fundamentos, limites pessoais de aplicação.

É secular a concepção diferenciadora quanto ao alcance da Lei penal. Cláudio Brandão[14] cita a herança romana como uma tradição de subtração de determinadas pessoas privilegiadas em face da aplicação da lei penal, ideologia somente superada pelo abrigo do ideário da Revolução Francesa. Exemplo claro disso é o livro V das Ordenações Filipinas, lei penal vigente no Brasil do descobrimento, a qual dava tratamento diferenciado entre fidalgos e cidadãos comuns.[15]

Não é nova a discussão sobre a existência de diferenciações de tratamento penal sob forma das imunidades em face do princípio de igualdade. A preservação do referido princípio, contudo, congrega uma dimensão material, que significa a obrigação de dar tratamento diferente a pessoas diferentes, na medida dessas diferenças. Estando as imunidades associadas a uma condição especial dos indivíduos, e limitadas por tal condição, a doutrina vem reconhecendo que a concessão de imunidades não viola o princípio de igualdade.[16]

Essas imunidades podem contemplar tanto uma dimensão material, substancial, referida à impossibilidade de aplicação do dispositivo incriminador ao caso concreto, quanto uma dimensão meramente formal, ou seja, impeditiva de deflagração do aparato persecutório.

As imunidades substanciais ou materiais são obstáculos que se impõem à aplicação concreta da lei penal. A imunidade material traduz-se em exclusão material do alcance da lei penal. A lei penal torna-se inaplicável diante de sua presença. Essa imunidade, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, possui assento constitucional e é reservada tão somente para a proteção do exercício da atividade parlamentar.

As imunidades formais, ao contrário, constituem meros impeditivos persecutórios, ou seja, reconhece-se a existência do delito, porém, a especial condição da pessoa a que se refere impede que se deflagre o procedimento que levará à atribuição de responsabilidade.

Também há uma divisão a respeito das imunidades segundo os seus destinatários, sendo que o ordenamento brasileiro as prevê dirigidas diretamente a duas classes de pessoas: aos diplomatas, no objetivo maior da preservação de interesses de política externa, e aos parlamentares, em proteção à liberdade política interna.

1.3.1 Imunidades diplomáticas

Exceção concreta à questão da territorialidade aparece vinculada às imunidades diplomáticas. Nesses casos, o eventual autor de delito goza do privilégio de se ver julgado pela legislação de seu próprio país.

Os representantes diplomáticos de um país, enquanto ativos, gozam de privilégios que fazem excetuar a aplicação, a eles, da legislação local. As imunidades diplomáticas existem sob a forma de inviolabilidades e de imunidades de jurisdição criminal, civil, administrativa e tributária. No que aqui especificamente nos interessa, ou seja, relativa à imputação criminal, é necessário estabelecer sua extensão e alcance.

A imunidade penal alcança tanto a *missão diplomática*, quanto as residências

particulares dos agentes diplomáticos, incluindo o próprio representante do governo estrangeiro, sua família, os adidos militares, funcionários técnicos e administrativos.

Existe, porém, uma diferenciação entre os cônsules que são funcionários públicos de carreira do governo estrangeiro e aqueles que são apenas cônsules honorários. Estes últimos gozam apenas de imunidade penal relativa, conquanto limitada aos atos de ofício por eles praticados, sendo passíveis de castigo pela legislação local em face da prática de crimes comuns, não associados às referidas atividades.[17]

Discute-se o fundamento justificante dessa extraterritorialidade, se fulcrado no reconhecimento de que o espaço físico da embaixada, reconhecido com território por extensão, ou se na necessidade de proteger a função pública exercida pelo diplomata.[18] Esta última posição, que segundo consta,[19] vem ganhando força no cenário jurisprudencial, é reveladora de que a exceção territorial acaba sendo determinada por uma condição especial do autor do crime, configurando uma exceção mais pessoal do que territorial.

Com isso, o que se está estabelecendo não é a concessão de benefícios a determinados indivíduos, senão a garantia de que possam exercer com tranquilidade sua missão de representação de outro país.

Veja-se que se trata de uma dimensão meramente formal da imunidade. Não se subtrai o autor de delito de sua responsabilidade, senão que tão somente se lhe entrega ao juízo de responsabilidade de seu próprio país.

A situação difere em muito de uma imunidade substancial. Nesse sentido, o comentário de Cláudio Brandão:[20]

> "Enquanto na imunidade substancial não se chega a existir a possibilidade de aplicação de uma pena, por conta de um obstáculo constitucional, na imunidade diplomática – que é uma imunidade formal – o crime existe, mas não é possível se aplicar a lei penal por força de uma norma de Direito Internacional, recepcionada pelo Direito interno. Dita norma impede que se exerça o Jus Persequendi in Juditio, isto é, o direito de se propor uma ação penal e, via de consequência, impede que se instaure um

processo criminal, já que o início de um processo penal se dá com o recebimento da ação."

Assim, temos que o representante diplomático responderá sim pelo seu crime, porém, segundo a legislação de seu próprio país, o que constitui, como visto, uma clara exceção de extraterritorialidade.

A imunidade pertence, pois, ao país representado, de modo que ele próprio pode declinar seu direito de aplicação de normas persecutórias. Assim, o país de origem do diplomata pode manifestar-se no sentido de abrir mão da aplicação de sua lei, em prol da aplicação da lei local, mesmo que essa não seja a vontade pessoal do seu representante.[21] Esse aspecto é bastante revelador de que a imunidade refere-se ao cargo, e não à pessoa ocupante dele.

1.3.2 Imunidades parlamentares

Essa mesma limitação pessoal à aplicação da lei penal, sob a forma de imunidade, deriva do cargo ocupado pela pessoa, é o que garante as chamadas imunidades parlamentares.

A razão aqui é funcional. "Para que o poder legislativo possa exercer seu *munus* público com liberdade e independência, a Constituição assegura-lhe algumas prerrogativas, dentre as quais se destacam as *imunidades*."[22]

Há de se entender que, por tratar-se de uma garantia funcional, não está vinculada à pessoa do parlamentar, mas ao seu cargo. Ou seja, enquanto ocupante do Parlamento, o indivíduo goza das prerrogativas do cargo.

As imunidades são divididas entre duas classes: imunidade *formal* ou *relativa*, referida a prerrogativas de foro, prisão, processo e julgamento, e a imunidade *material* ou *absoluta*, relativa à consideração a respeito da própria existência do ilícito.

1.3.2.1 Imunidade material ou substancial

Assim, a partir da diplomação (art. 53, § 1°, da Constituição Federal) até o fim

do mandato, o senador, o deputado federal, o deputado estadual e o vereador gozam de imunidade material, referida à inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos (art. 53, *caput*, art. 27, § 1°, e art. 29, VIII, da Constituição Federal), tudo com o escopo de garantir a liberdade de expressão e a livre manifestação e exercício da representação popular.

A ideia é que, no exercício da atividade parlamentar, as condutas eventualmente incriminadas estão cobertas pela imunidade, e não podem ser consideradas criminosas.

Cumpre referir que as imunidades têm alcance distinto em relação à classe do parlamentar a que se referem. Isso porque, segundo a Súmula 3 do Supremo Tribunal Federal, "a imunidade concedida a Deputado Estadual é restrita à Justiça do Estado-membro". Dessa forma, a imunidade dos vereadores resta ainda mais restrita, posto que diante da inexistência de uma Justiça Municipal, não há qualquer privilégio de foro, circunscrevendo-se a sua imunidade aos limites do exercício parlamentar municipal.

Resulta importante comentar, ainda, que em sendo as imunidades relativas ao exercício da função parlamentar, hão de ser entendidas, especialmente à luz da Emenda Constitucional n° 35, de 2001, como aplicáveis a toda a atividade funcional do parlamentar. O exercício da manifestação política não se dá simplesmente na Tribuna do Parlamento, mas também fora, inclusive em manifestações através da imprensa, sempre e quando relacionadas à atividade parlamentar, ou seja, quando claramente vinculadas ao exercício da liberdade política.

1.3.2.2 Imunidade formal ou relativa

A imunidade *formal* ou *relativa*, por seu turno, é processual, diz respeito ao privilégio de foro, quando possível, ao trâmite processual, bem assim, às limitações à prisão.

A partir da Emenda Constitucional n° 35, de 2001, o art. 53, § 3°, da Constituição Federal passou a estabelecer que iniciada uma ação penal através do recebimento de uma denúncia contra parlamentar, por crime ocorrido após a

diplomação, a casa a que este pertence será obrigatoriamente informada. A partir daí, por iniciativa do partido político a que se encontra vinculado o parlamentar, é possível votar, por maioria dos membros da casa respectiva, a sustação do andamento da ação penal, no estado em que se encontre até a fase de sentença. Ou seja, nenhuma investigação contra parlamentar pode ser obstada pelo legislativo, somente uma ação penal já em curso. Ainda assim, esse obstáculo cessa com a extinção do mandato. Com isso, o andamento regular do feito passa a ser a regra, e a suspensão do processo, uma situação excepcional.

No que tange à prisão, as disposições do art. 53, § 2°, da Constituição Federal restringem as hipóteses de prisão de parlamentar às situações de flagrante por crime inafiançável. Vale dizer: não é possível prisão temporária, nem prisão por crime afiançável em qualquer caso, nem tampouco prisão por mandado judicial.

É óbvio que, caso perdido o mandato, as imunidades não se aplicariam.

Instaurou-se a polêmica, nesses termos, na famigerada Ação Penal n° 470 (caso do mensalão).

O Supremo Tribunal Federal, ao terminar a fase de julgamento, entendeu que a perda do mandato seria efeito próprio da condenação por maioria simples (cinco votos contra quatro, eis que, na oportunidade, só contava com 9 Ministros), o que conduzia à imediata prisão dos parlamentares condenados.

Logo depois, já recomposto o Tribunal em sua integralidade (onze membros), após a condenação de um Senador na Ação Penal n° 565, alterou-se o entendimento, tendo sido reconhecido também por maioria simples (agora seis a cinco), que a perda do mandato dependia de manifestação da casa a que pertence o parlamentar condenado. O mesmo entendimento firmou-se na Ação Penal n° 396, na qual, inclusive, a condenação deu-se em regime fechado (13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão), o qual é claramente incompatível como o exercício do mandato.

É preciso explicar de onde vem essa polêmica.

Analisando em ordem cronológica, é preciso dizer, em primeiro lugar, que a regra geral aplicada aos funcionários públicos pelo Código penal, no art. 92, inciso I, é a de que estes, uma vez condenados, perdem a função pública. O mesmo

dispositivo, expressamente prevê igual tratativa para a perda do mandato eletivo.

Não obstante, é preciso verificar se o texto legislativo foi ou não recepcionado pela Constituição de 1988, até porque, no conflito entre lei federal e Constituição é esta última que deve prevalecer.

Ocorre que o texto constitucional foi interpretado tanto pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quanto pela doutrina em geral de modo variado.

No seu art. 15, inciso III, a Constituição da República prevê que é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de *condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos*.

A partir disso, alguns Ministros e parte da doutrina entenderam que a própria Constituição admitiu a perda do mandato como consequência automática do trânsito em julgado da condenação.

Porém, o art. 55, inciso VI da mesma Constituição Federal estabelece que somente perderá o mandato o Senador ou Deputado que for condenado com trânsito em julgado.

Tal perda de mandato, na voz do § 2° do mesmo artigo *será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.* A votação, para tanto, há de ser aberta, consoante preconiza a reforma do parágrafo determinada pela Emenda Constitucional n° 76/2013.

Por força destes dispositivos, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal e alguns doutrinadores apontaram no sentido de que a perda do mandato não é automática.

A importância da questão está associada à prisão, uma vez que, perdido o cargo, é possível que se realize a prisão imediata do parlamentar.

A questão deve ser enfrentada, salvo melhor juízo, por meio de uma hermenêutica apropriada. Em primeiro lugar, deve ser verificado se existe ou não uma incompatibilidade real entre os dispositivos constitucionais, ou se esse conflito é meramente aparente.

Note-se que o que pretende o art. 15, da Constituição da República é estabelecer uma lista de exceções à regra geral da cassação dos direitos políticos, por perda ou suspensão. Entre tais exceções, o inciso III aponta para a condenação criminal transitada em julgado.

O que se diz, portanto, é que condenado o parlamentar, com trânsito em julgado, é possível a cassação dos direitos políticos, que podem ser tanto suspensos quanto perdidos.

Embora estabeleça a possibilidade de ocorrência da perda dos direitos políticos, a disposição do art. 15, III, da Constituição não afirma *como* serão cassados tais direitos. Não se estabelece qual é o procedimento.

No art. 55, § 2°, a Constituição estabelece, por sua vez, o *processo* ou *procedimento* pelo qual o parlamentar pode ter cassados seus direitos políticos.

Não é difícil observar que a acomodação entre os dispositivos é perfeitamente possível, sendo a pretensa incompatibilidade meramente aparente.

O que assume a Constituição da República é que a condenação criminal com trânsito em julgado pode determinar a cassação dos direitos políticos, mediante o procedimento de votação aberta pela casa a que pertence o parlamentar, admitida a ampla defesa, uma vez provocada pela respectiva mesa ou por partido político com representação no parlamento.

Portanto, não se há falar em decretação de prisão como efeito "automático".

Há que se levar em conta, ainda, para a hermenêutica do caso, o contexto político em que foi editada a Carta Constitucional. O país saía de uma ditadura de muitos anos, em que a cassação arbitrária dos direitos políticos foi a tônica. Tratava-se de se estabelecer um mecanismo absolutamente restritivo para a realização de tal cassação, em especial porque havia previsão de delitos contra a segurança nacional de frequente ocorrência forense, embora de duvidosa legitimidade.

Assim, parece clara a determinação constitucional restritiva no que tange às possibilidades de perda do mandato e, consequentemente, de imposição de prisão.

Com isso não se está a dizer que esta seja a melhor medida de *lege ferenda.*

O país se encontra em processo de consolidação progressiva de um regime

democrático que demanda, cada vez mais, a demonstração expressa de seriedade das instituições. Daí que se reclame, corretamente, como providência salutar, a revisão das disposições, inclusive constitucionais, de modo a representar adequadamente os anseios da população quanto à honestidade e probidade das instituições, sem que se admita, é claro, qualquer forma de atentado às liberdades democráticas.

1.4 Lugar do crime

Vistas as regras e exceções a respeito da territorialidade e os privilégios pessoais e funcionais em face da persecução penal, importa agora definir os elementos que levam a concluir a respeito do lugar do crime.

A questão da territorialidade e extraterritorialidade somente é aplicável quando se sabe exatamente onde ocorreu o crime.

Entretanto, o crime é um fato complexo, que não necessariamente tem claro o seu lugar de ocorrência. Basta ver os crimes cometidos a distância, seja por meio de disparos de arma de fogo de longo alcance ou até mesmo – hoje muito mais comum – pela via cibernética.

Afinal, o lugar do crime é o lugar onde ocorre o resultado, a violação do bem jurídico protegido? Ou o lugar onde o sujeito realizou a conduta que deflagra o resultado? Cumpre perceber que nem sempre haverá coincidência entre ambos.

São várias as teorias que procuram afirmar o lugar do crime, entre elas a *teoria da ação ou atividade, a teoria do resultado ou do evento, a teoria da intenção, a teoria do efeito intermédio ou do efeito mais próximo, a teoria da ação a distância ou da longa mão e a teoria da ubiquidade*.[23]

A legislação brasileira, de acordo com a ideia geral explícita pela aplicação simultânea de territorialidade e extraterritorialidade, procura adotar uma fórmula absolutamente abrangente,[24] a chamada teoria da ubiquidade.[25] Assim, segundo a definição do art. 6° do Código Penal, considera-se lugar do crime aquele onde ocorreu a ação ou omissão, bem como aquele em que se produziu, ou deveria produzir-se, o resultado.

Obviamente pode ocorrer, em hipóteses de crimes praticados em fronteiras –

Brasil e Uruguai, por exemplo –, que a ação tenha lugar em um país e o resultado em outro. Há riscos, assim, de dupla iniciativa persecutória que acaba mitigada pela disposição do art. 8° do Código Penal, o qual prevê a hipótese de compensação da pena cumprida no estrangeiro em face do mesmo crime punido no Brasil.

1.5 A extradição

A postura ampliativa adotada pela legislação brasileira, tanto pela aplicação de territorialidade e extraterritorialidade, quanto pela utilização da teoria da ubiquidade para a definição do lugar do crime, faz com que, muitas vezes, haja pretensão do governo brasileiro em ver submetido ao processo penal um estrangeiro. Como é possível imaginar, em sentido contrário, o mesmo ocorre. Ou seja, por vezes, um governo estrangeiro pode ter a pretensão punitiva sobre um caso que envolve pessoa que se encontra no Brasil. Acontece que ainda não existe norma internacional obrigatória que possa abranger todas as jurisdições.

A regulamentação da matéria de entrega ou não de autores de delito à justiça estrangeira é regulamentada pelo instituto da extradição. A extradição, é, nos termos do art. 81, da Lei 13.445 de 24 de maio de 2017, uma *"medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso"*.

Na precisa observação de Frederico Marques,[26] quando "tem por finalidade levar apenas o réu ao foro do processo e julgamento, indiscutível é que, apesar de seu aspecto coativo, tem a extradição um sentido de garantia para o acusado, porquanto lhe irá possibilitar, mais de perto, o exercício do direito de defesa". A observação é correta, na medida em que o direito à ampla defesa deve prevalecer, como regra, ao interesse político de exercício do controle social.

No fundo, a extradição constitui uma obrigação que deriva da pretensão de um estabelecimento de uma certa *Ordem Pública Internacional* ou uma solidariedade persecutória criminal, que vem sendo objeto de interesse das nações assim identificada desde o Congresso de Haia em 1932.

Assim, a extradição é o mecanismo pelo qual um Estado entrega a outro uma pessoa acusada da prática de um crime no Estado postulante, para lá ser julgada, ou entrega alguém já condenado no país requerente, para que lá a pena seja executada.

A extradição não é apenas um ato processual penal, mas é regido também pelo Direito Internacional, uma vez que implica em um ato de soberania do Estado, representado, no caso do Brasil, pelo mandatário máximo do executivo.

O processo pelo qual se realiza a extradição, no Brasil, é misto, tendo início com uma fase administrativa, regida politicamente, passando depois à fase judicial, que tramita no Supremo Tribunal Federal, culminando para o Executivo com vistas à efetivação da decisão. Portanto, é um ato regido pela vontade do executivo, que se submete ao mecanismo jurídico e ao controle jurisdicional apenas no que tange à obediência à forma prescrita em lei. Há um exame jurídico de possibilidade e um exame político de conveniência, sob os quais deve passar a análise da extradição.

1.5.1 Espécies de extradição

A extradição pode ser *ativa* quando o Estado reclama a outro uma pessoa para ser julgada perante si ou *passiva* quando o Estado tem contra si reclamada, por outro, pessoa para ser julgada por este.

Parte da doutrina aponta a classificação entre extradição *voluntária*, quando pleiteada pelo próprio extraditando, ou *imposta*, quando determinada pelos Estados contra a vontade da pessoa, embora a precisa observação de Negi Calixto[27] de que “a manifestação do desejo do extraditando de imediata apresentação à Justiça do Estado requerente, embora aceita em outros países, é irrelevante para o nosso direito, onde se exige o exame de legalidade, que é imperativo”, revele a óbvia conclusão de que a extradição voluntária não é abrigada pelo sistema brasileiro. O tema, que era polêmico durante a vigência do Estatuto do Estrangeiro, agora fica claro com a redação do art. 87 da Lei 13.445/2017, que diz: *o extraditando poderá entregar-se voluntariamente ao Estado requerente, desde que o declare expressamente, esteja assistido por advogado e seja advertido de que tem direito ao processo judicial de extradição e à proteção que tal direito encerra, caso em que o pedido será decidido*

pelo Supremo Tribunal Federal. Como se nota, a extradição deve ser requerida e necessariamente passar pelo crivo judicial.

Existe ainda a reextradição, quando um Estado que obtém a extradição de pessoa tem esta reclamada por um terceiro Estado. Nos casos de reextradição, é necessária a anuência do Estado que a concedeu em primeiro lugar.

1.5.2 O princípio de reciprocidade e a exigência de Tratado bilateral para a concessão de extradição

A ideia de reciprocidade se baseia claramente no modelo de Estado-nação, ficando subentendida a questão da soberania. No modelo tradicional de Direito internacional que só muito recentemente começou a mudar, os Estados são tratados como sujeitos e no exercício de sua soberania – de corte absoluto – fazem concessões mútuas em obediência a uma ideia geral de concessões recíprocas, através de Tratados.

A necessidade de Tratados de extradição deriva da consideração de que uma sentença condenatória é um ato de um Estado soberano, assim, para que a execução desse ato seja validada contra pessoa que se encontra em outro Estado igualmente soberano, este deveria fazer-lhe tal concessão.[28]

Comenta Cezar Bitencourt[29] que até um passado mais ou menos recente, especificamente meados do século XX, sustentava-se que a extradição dependeria de Tratados bilaterais entre os países envolvidos nela, sendo impossível sustentá-la meramente com base na reciprocidade ou no direito costumeiro.

Vale como exemplo o clássico caso do britânico Ronald Biggs, que foi condenado na Inglaterra em 1964 por uma contravenção de detenção do correio e por um crime de roubo a 55 anos de prisão, tendo fugido para o Brasil em 8 de junho de 1965, sob o pseudônimo de Michael Haynes. Aqui, ele foi preso pelo governo militar em 1974 e, diante da ausência de Tratado bilateral de extradição entre Brasil e Grã-Bretanha, na ocasião, não pôde ser devolvido àquele país, terminando por ser solto mediante *habeas corpus*. Mais tarde, em 18 de julho de 1995, o tratado de extradição finalmente foi firmado, ingressando em nosso ordenamento jurídico através do

Decreto n° 2.347, de 10 de outubro de 1997. Isso ensejou que o governo britânico ingressasse com o pedido de extradição em 3 de novembro do mesmo ano, o qual culminou julgado em 12 de novembro de 1997, nos autos EXT QO 721-UK, relatado pelo então Ministro Maurício Corrêa. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que embora os mencionados delitos tivessem efetivamente correspondência na lei incriminadora brasileira, os fatos, de acordo com a nossa legislação, teriam sido extintos pela prescrição da pretensão executória, razão pela qual foi negada a extradição.

Atualmente, se tem entendido que o *princípio da reciprocidade* é o que tem norteado a concessão ou não de extradição, independentemente de tratado, já que a ideia é promover o exercício do controle social penal no local onde a conduta causou seus efeitos.

1.5.3 Condições para a concessão de extradição

A extradição é o envio de um indivíduo a outro país para que lá seja julgado ou cumpra pena pela qual foi condenado.

Só é possível à Justiça brasileira conceder extradição mediante a concorrência cumulativa de variadas seguintes condições.

A primeira é a submissão do pleito ao Supremo Tribunal Federal, que faz um exame prévio de legalidade (art. 102, I, *g*, da Constituição da República e art. 90 da Lei. 13.445/2017). Desse exame, o reconhecimento da legalidade não é vinculante em face da decisão concessiva ou não pelo Poder Executivo, mas, ao contrário, o resultado denegatório do Supremo Tribunal Federal impede a concessão da extradição pelo Poder Executivo.

A segunda condição é a existência de uma base estruturante para a concessão que pode residir em um tratado internacional ou no compromisso de reciprocidade.

A terceira condição é que *ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado* (art. 83, inciso I da Lei 13.445/2017).

A quarta condição é que seja crime a que é imposta, em tese, pena privativa de

liberdade igual ou superior a 2 anos *estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade* (art. 83, II, da Lei nº 13.445/2017).

Além disso, uma quinta condição é de que o Estado requerente se comprometa aos termos previstos pelo art. 96 da Lei n° 13.445/2017, ou seja, a não submeter o extraditando a prisão ou processo por fato anterior ao pedido de extradição; computar o tempo da prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição; comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos; não entregar o extraditando, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; não considerar qualquer motivo político para agravar a pena; e não submeter o extraditando a tortura ou a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Não deixa de ser curioso observar que a Lei 13.445/2017 ingressou no ordenamento jurídico antes da chamada Lei Anticrime (Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019), a qual estabeleceu um novo limite máximo de execução da pena privativa de liberdade no País para 40 anos. Assim, a limitação quantitativa do cumprimento de pena do extraditado ficou menor que daquele que cumpre pena no Brasil.

1.5.4 Vedações à concessão de extradição

O art. 82 da Lei n° 13.445/2017 estabelece uma série de vedações para a extradição.

Não é permitida a extradição de brasileiro, salvo se naturalizado (art. 82, inciso I da Lei 13.445/2017).

Tampouco é permitida a extradição se o fato é atípico segundo a lei brasileira ou do Estado requerente (art. 82, inciso II da Lei 13.445/2017). Trata-se da chamada dupla tipicidade ou identidade da norma. O fato deve ser crime tanto no país que pede a extradição, quanto no Brasil, já que não teria sentido a extradição por fato que fosse atípico em um dos países envolvidos. O pedido ou a concessão estariam fatalmente

injustificados.

Não se concede extradição se a Justiça brasileira se julga competente para a apreciação da causa (art. 82, inciso III da Lei 13.445/2017).

Não se concede extradição por fato punível com pena de prisão igual ou inferior a dois anos, de acordo com a legislação penal brasileira (art. 82, inciso IV da Lei 13.445/2017).

Não se concede extradição se está em curso processo penal ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido perante a Justiça brasileira (art. 82, inciso V da Lei 13.445/2017).

Não é permitida a extradição caso esteja extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei mais favorável ao réu, seja ela a legislação brasileira ou a legislação do país requerente (art. 82, inciso VI da Lei 13.445/2017).

Não se concede extradição por crime político ou de opinião (art. 82, inciso VII da Lei 13.445/2017).

Não se concede extradição para a realização de julgamento por Tribunal ou juízo de exceção (art. 82, inciso VIII da Lei 13.445/2017).[30] É necessário, porém, distinguir entre crime político e crime comum por motivação política. A vedação de extradição é por crime *político puro*, ou seja, por crime cuja conduta incriminada não seja a de um ilícito comum, mas puramente resultante de uma determinada concepção política, o qual, obviamente, não pode permitir extradição, em nenhuma hipótese, sob pena de prestar abrigo jurídico a concepções políticas de viés totalitário.

Esclarece a doutrina[31] que o crime político pode ser visto desde diferentes pontos de vista. Desde uma *perspectiva do bem jurídico ou objetiva*, quando somente seria crime político aquele que visasse a aflição da organização político-jurídica de um Estado. Ao contrário, desde uma *perspectiva subjetiva*, ele poderia ser isso em função da pretensão política que tenha norteado a conduta do agente. Finalmente, segundo uma *concepção mista ou eclética*, somente seria crime político aquele cuja motivação e também cujo bem jurídico tenha sido político. A concepção esposada pelo autor, aparentemente, inclina-se pela fórmula objetiva, pois, para ele, "delito político pode ser conceituado como *todo ato lesivo à ordem política, social ou*

jurídica interna ou externa do Estado".[32]

Por último, não se concede extradição se o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei 9.474 de 22 de julho de 1997, ou de qualquer classe de asilo territorial (art. 82, inciso IX da Lei 13.445/2017).

1.5.5 Procedimento para a extradição

O procedimento é regulado pelos arts. 88 a 99 da Lei 13.445, de 24 de maio de 2017, e consiste basicamente no seguinte.

Inicia-se o procedimento com o envio do pedido, por parte do órgão judiciário responsável pela condenação ou pelo processo, no país solicitante, diretamente ao Poder Executivo do pretenso concedente, acompanhado de todos os documentos para a instrução do pedido, com os dados minuciosos do caso e com as respectivas traduções oficiais (art. 88 e seus parágrafos, da Lei 13.445/2017). Como se trata de um procedimento, nesta fase, de cunho diplomático, o órgão competente do Poder Executivo do solicitante faz uma verificação prévia da documentação, autenticando-a.

O mesmo exame básico e formal da documentação – cumprimento dos requisitos do art. 88 – é procedido no Poder Executivo do Brasil e, atendidos tais requisitos, o feito é enviado à autoridade Judiciária, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal. Caso tais requisitos não sejam atendidos, o feito é arquivado sumariamente, mas não elide a possibilidade de ser renovado (art. 89 da Lei 13.445/2017).

Segue-se análise do Supremo Tribunal Federal sobre a sua legalidade e procedência, mais especificamente, sobre os impedimentos ou vedações de concessão de extradição (art. 82 da Lei 13.445/2017); as condições de concessão (art. 83 da Lei 13.445/2017); a pertinência ou não da decretação da prisão do extraditando em caráter emergencial (arts. 84 e 86 da Lei 13.445/2017) e a preferência entre Estados solicitantes, caso haja mais de um (art. 85 da Lei 13.445/2017). Para tanto, será realizado interrogatório do extraditando, com acompanhamento de advogado (art. 91 da Lei 13.445/2017).

A defesa do extraditando pode ser apresentada em 10 dias depois do interrogatório e é extremamente limitada quanto ao seu conteúdo, podendo versar

unicamente sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma de documento acostado ao pleito ou ilegalidade da extradição. Se, no entanto, a falta for de instrução, a pedido do Ministério Público, o Tribunal poderá converter o julgamento em diligência para fins de complementar a documentação, o que será procedido por iniciativa do Ministério Público em prazo máximo e improrrogável de 60 dias (§ 3º do art. 91 da Lei 13.445/2017).

Uma vez julgada procedente a extradição, compete ao Poder Executivo autorizá-la, comunicando, por via diplomática, ao Estado solicitante, que deverá retirar o extraditando do território nacional no prazo de 60 dias (art. 92 da Lei 13.445/2017), sob pena de colocação deste em imediata liberdade (art. 93 da Lei 13.445/2017).

Por outra, caso negada judicialmente a extradição, a decisão faz coisa julgada material, não sendo admissível novo pedido relativo ao mesmo fato (art. 94 da Lei 13.445/2017).

2 A PRETENSÃO DE VALIDADE DA LEI PENAL NO TEMPO

A lei penal, enquanto veículo da norma, não pode pretender ser perene. Se as normas penais visam tão somente contribuir para a organização da vida em sociedade, coibindo comportamentos intoleráveis, sofrerão, como tudo mais, influência decisiva das mudanças sociais, históricas e políticas. Portanto, não se pode pretender um sistema jurídico-penal estático e a mudança e sucessão legislativa se converte em tendência natural. Como refere Cláudio Brandão, "por ser o Direito uma ciência cultural, e por ser da essência da cultura a mudança de valores de acordo com a vivência na sociedade, todas as normas jurídicas são susceptíveis de mudanças".[33]

Entretanto, é necessário um regramento para resolver os possíveis conflitos advindos da sucessão entre as leis penais. É imperioso estabelecer regras para a validade das leis no tempo.

2.1 A expressão do princípio de legalidade. Critério geral e exceção

Como se sabe, a pretensão da norma como determinação é voltada essencialmente para o futuro, ou seja, somente é possível pretender que os indivíduos

se comportem de acordo com a norma quando lhes é dado prévio conhecimento desta.[34]

Trata-se de uma expressão do princípio de legalidade. Não pode haver sanção nem reconhecimento de ilícito sem uma prévia regra que o determine. Qualquer aplicação de pena ou imposição de imputação derivada de lei aplicada a fatos pretéritos viola diretamente o princípio de legalidade.

O critério geral orientador das soluções dos problemas de sucessão de leis penais é a proibição de retroatividade. Ou seja, a norma penal não pode ter incidência sobre fatos ocorridos antes de sua vigência.

De outro lado, também é certo que, uma vez que a sociedade evolui, o aparecimento de novas leis sempre traz em seu bojo toda a bagagem evolutiva do homem.[35] A tendência de que as leis sejam aperfeiçoadas é nada mais do que o coroamento do conceito de que o homem leva consigo toda a bagagem de desenvolvimento das gerações anteriores, razão pela qual a ideia de que o tempo deve reger o ato ganha força como princípio mitigador da regra geral de irretroatividade.

Assim, em temperança da garantia de irretroatividade, temos que essa vedação estará destinada tão somente a evitar injustiças contra o réu. Aliás, nesse sentido a precisa lição de Maurach:

> "A rigorosa aplicação da proibição de retroatividade encontra suas fronteiras ali onde, em lugar de cumprir-se o fim perseguido pela irretroatividade – proteção do autor frente às penas supervenientes – se produziria um prejuízo para o sujeito. Toda modificação legal é símbolo de uma mudança valorativa; pela supressão ou atenuação da ameaça em favor de uma pena mais suave. Se fosse desejável manter aqui a proibição de retroatividade, deveria ser castigado o autor com base em uma concepção jurídica já não professada pelo legislador."[36]

Portanto, em uma simbiose das duas ideias, o critério geral deve conceber a exceção de retroatividade para os casos em que esta beneficie o réu.

Temos que o critério geral relativo à lei penal no tempo há de ser aquele

consagrado tanto por nossa Constituição Federal em seu art. 5°, inciso XL, quanto nos arts. 1° e 2° do Código Penal: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Esse benefício, por óbvio, há de ser verificado caso a caso, sendo que, em caso de dúvida do magistrado sobre tal benefício, pode ele determinar a oitiva do réu a respeito.[37]

Assim sendo, a efeito de sucessão, todas as normas pertencentes ao sistema penal, seja de direito material ou processual, se submetem à mesma regra. Se a norma promove ampliação de garantias frente ao sistema incriminador ou reduz proibições pelo recorte do âmbito de incidência deste, deverá ser considerada lei penal mais benigna, aplicando-se retroativamente, ou seja, alcançando os feitos relativos a fatos pretéritos. Do mesmo modo, toda e qualquer norma tendente à ampliação do sistema de incriminação ou ao recorte de garantias deverá ser considerada lei menos benigna, não podendo incidir sobre feitos relativos a fatos anteriores à sua vigência.

A norma penal entra em vigor na data que for estabelecida na própria lei, sempre data posterior à sua edição e a partir de sua publicação. Caso não haja previsão expressa, por força da aplicação subsidiária da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, entra em vigor 45 dias após a sua publicação no Diário Oficial da União, permanecendo em vigor até que outra a modifique.

Quando uma lei trata de um assunto previamente determinado por outra, ocorre o fenômeno de revogação da primeira.

A revogação pode ser *expressa*, quando a nova lei menciona os dispositivos cuja vigência o seu advento faz cessar, ou *tácita*, quando, sem qualquer menção ao fato, regula matéria idêntica àquela regulada por lei anterior.

A revogação também pode ser total do dispositivo legislativo preexistente, ocasião em que se denomina *ab-rogação*, ou apenas parcial, quando se denomina *derrogação.*

Os critérios geral e específico, bem como as questões relativas à classe de revogação legislativa, são os aspectos que deverão ser levados em conta para solucionar os conflitos gerados pela sucessão de leis penais.

Importa destacar, desde logo, que essas sucessões de leis podem ter lugar entre

a conduta e o resultado delituoso, entre o fato ilícito e o início da ação penal, após o início da ação penal e antes da sentença, após a sentença e antes do trânsito em julgado e após o trânsito em julgado da sentença relativa ao caso. São aplicáveis, por óbvio, também aos casos de aplicação de medida de segurança, já que esta também é consequência jurídica de prática de injusto penal.[38] Não sendo possível a aplicação de medida de segurança sem a violação de uma lei penal, é óbvio que as questões relativas à sucessão desta afetarão aquela.

Inclusive estando a lei nova mais benéfica em período de *vacatio legis*, sua aplicação aos casos concretos resulta imediata, conforme entendimento há muito consolidado na doutrina.[39] Isso porque a nova legislação representa a elaboração final de um entendimento previamente consolidado pela sociedade, cuja aplicação não pode ser obstaculizada. Aliás, como bem advertia Basileu Garcia,[40] trata-se de duas vertentes do *mesmo* Estado. O Estado legislativo já decidiu que não irá mais punir determinada conduta ou, por outra, que não vai mais perseverar em determinado tratamento mais gravoso ao réu e o Estado judiciário seguiria aplicando a mesma regra.

Há ainda outro argumento, exposto por Cláudio Brandão, no sentido de que em sendo o Direito penal o instrumento de controle social mais gravoso de que dispõe o Estado, o princípio de legalidade deve impor-se como barreira *absoluta* à intervenção penal, já que este compõe uma garantia fundamental impostergável. Sendo assim, "porque a lei penal é uma Garantia Fundamental, ela tem aplicabilidade imediata",[41] portanto, "para efeito de aplicação da lei penal no tempo, retroage-se a lei mais benéfica a partir de sua publicação, não sendo necessário esperar sua entrada em vigor".[42]

2.2 Hipóteses comuns de conflitos de leis penais no tempo

As hipóteses mais comuns de situações de conflito entre leis penais no tempo encontram solução no art. 2° do Código Penal.[43] São elas:

Abolitio criminis – Situação em que uma norma penal incriminadora é excluída do ordenamento jurídico. Nesses casos, a lei nova, que exclui a anterior, por

beneficiar o réu, se aplica aos casos eventualmente em curso a respeito do delito abolido, extinguindo a punibilidade e a própria pena, caso já esteja em curso sua execução.

Nesses casos, malgrado afastados os efeitos penais da sentença condenatória, remanescem os efeitos civis.

Um exemplo recente citado por Cláudio Brandão[44] foi a exclusão do Código Penal brasileiro das figuras típicas do adultério (então art. 240 do Código Penal) e da sedução (então art. 217 do Código Penal), pelo advento da Lei n° 11.106, de 28 de março de 2005.

Novatio legis incriminadora – Hipótese de advento de uma nova lei que incrimina conduta até então impune. Nesses casos, aplica-se a proibição de retroatividade, eis que viria em desfavor do réu, não podendo ser alcançados fatos pretéritos à entrada em vigor da nova lei.

Novatio legis in pejus – A nova lei traz disposição mais gravosa para o réu, quer seja recortando exigências para a incriminação, quer seja recrudescendo a pena aplicada ou mesmo a forma de sua execução. Aqui também se aplica a vedação de retroatividade, já que a lei vem em prejuízo do réu. Os crimes praticados até o advento da lei não receberão os tratamentos mais gravosos previstos nela.

Novatio legis in melius – Pode ser que a lei nova traga benefícios ao réu, diversos da abolição da conduta incriminada. Por exemplo: pode haver redução de pena, melhoria das condições de execução de pena ou mesmo uma ampliação nos elementos do tipo de modo a exigir mais requisitos para a incriminação. Em todos esses casos, a lei nova terá aplicação retroativa, aos casos que eventualmente estejam em andamento, tanto aos casos que eventualmente estejam em andamento, quanto àqueles (o acento já faz menção a casos) em que já exista condenação transitada em julgado.

Não cabe nem mesmo a arguição de que eventual benefício estaria prejudicando a coisa julgada, incorrendo em inconstitucionalidade referida ao art. 5°, inciso XXXVI, da Constituição Federal, posto que a garantia da coisa julgada consiste em garantia individual das pessoas em face do Estado, de modo a permitir-lhes evitar a

submissão a julgamentos por casos onde haja sentença transitada em julgado. A garantia da coisa julgada não serve para amparar pretensão punitiva do Estado.

2.3 As leis intermediárias

Ao lado das situações aventadas figura o caso das leis intermediárias.

É o caso em que a lei mais benéfica não é a do tempo do fato, nem a do tempo da sentença, mas sim outra, intermediária, que sucedeu a lei vigente ao tempo do fato, sendo sucedida, posteriormente, por outra.

Há quem entenda que não é possível a aplicação da lei que esteve em vigência em período diverso do fato e da sentença. Para Cerezo Mir,[45] a necessidade é de comparar tão somente a legislação do momento do fato e a da sentença, escolhendo entre elas a mais favorável, já que a lei intermediária não tem relação nenhuma com o fato nem com a carga penal que o Estado aplicará.

Entretanto, essa não é a melhor posição. Na verdade, a hipótese deve ser tomada como de dupla sucessão de leis penais, com a aplicação direta de seus princípios básicos, até porque, enquanto corre o processo, há "vida" na aplicação da legislação penal e mesmo, quando acontece a primeira sucessão, não existe, para efeito legislativo, a outra lei que a sucederá.

Assim, quando acontece a primeira sucessão, se a lei nova é mais benéfica, alcançará os casos em curso. Posteriormente, e já aplicado ao caso concreto a lei nova mais benéfica, diante do advento de uma terceira lei recrudescente em face do caso concreto, esta última não se aplicará.[46]

2.4 Leis temporárias ou excepcionais

Há ainda o caso das leis temporárias, ou seja, das leis que aparecem no sistema jurídico--penal tendo já previamente agendada data para o término de sua vigência, bem assim as leis excepcionais, cuja vigência aparece vinculada a um evento determinado que configure situação de emergência.

A regra prevista no art. 3° do Código Penal é que rege o tema. Afirma-se ali uma exceção à combinação de princípios antes aventada. É que norma temporária ou

excepcional possui *ultratividade*, ou seja, segue sendo aplicada aos fatos que ocorreram durante sua vigência, mesmo que cessadas as circunstâncias que a determinaram ou o prazo por ela estabelecido para sua própria vigência.

Essa regra é aceita pela maioria da doutrina.[47]

Costuma-se opor a essa postura o argumento de que a exceção de retroatividade, vinculada à lei penal mais benigna, é um ditame constitucional que figura entre as garantias individuais do cidadão, posto que expresso no art. 5°, inciso XL, da Constituição Federal e, portanto, é indeclinável. De consequência, o eventual conflito com o art. 3° do Código Penal faria com que este último cedesse em face do princípio, devendo ser considerado inconstitucional.[48] Nilo Batista e Zaffaroni advertem para os riscos de erosão do princípio de legalidade a partir da admissão dessa exceção.[49]

A falácia do argumento, porém, é claramente posta à mostra por Cezar Bitencourt, que mostra exatamente como é formado o princípio em questão, ou seja, pela regra geral da irretroatividade (aplicável ao presente caso) e a exceção da retroatividade que deverá vir expressa em casos especiais. Vale transcrever as palavras de Bitencourt:

> "Em primeiro lugar, não se pode esquecer que o princípio da irretroatividade da lei penal é uma conquista histórica do moderno Direito Penal, que se mantém prestigiado em todas as legislações modernas, como garantia fundamental do cidadão. Essa é a regra geral que o constituinte de 1988 apenas procurou elevar à condição de dogma constitucional. Em segundo lugar, deve-se destacar que o enunciado constitucional citado encerra duas premissas: 1ª) a irretroatividade da lei penal constitui-se na premissa maior, um princípio geral histórico elevado à condição de dogma constitucional; 2ª) a retroatividade da lei penal mais benéfica constitui-se na premissa menor, a exceção. Como se vê, o badalado dispositivo constitucional consagra uma regra geral e uma exceção: regra geral – irretroatividade da lei penal; exceção – retroatividade quando beneficiar o réu. Assim, como o que precisa vir expresso é a exceção e não a regra

geral, não se pode exigir exceção da exceção para excluir a retroatividade benéfica das leis examinadas."[50]

O posicionamento correto, também mantido por Bitencourt, é o que esposa a *ultratividade*. É facilmente perceptível a necessidade de que essas leis sejam dotadas de ultratividade, pois interpretação diversa geraria a sua total ineficácia.[51] É que a própria existência da situação de excepcionalidade é o que justifica a existência do próprio tipo, integrando-se nele.[52] Não fosse assim, se estaria premiando aquele que, antevendo a probabilidade do fim da medida excepcional, ou a proximidade da data de cessação de vigência da lei temporária, atuasse criminosamente, ciente da decorrência dos prazos processuais, em verdadeira *antecipação pessoal* do final da vigência do dispositivo.[53] E ainda, como advertia Basileu Garcia, "os autores de delitos por ela abrangidos procurariam, por todos os meios, procrastinar o seu julgamento, visto que a impunidade seria apenas uma questão de tempo".[54] Exatamente nesse sentido a lição de Jescheck, quando afirma que "a derrogação de uma lei temporal vem condicionada somente pelo desaparecimento do motivo que a originou e não por uma mudança na concepção jurídica. Caso contrário, a lei temporal perderia autoridade na medida em que fosse aproximando-se o termo final de sua vigência".[55]

Desse modo, em entendendo que a lei excepcional ou temporária tem o tipo integrado também pelo fato que lhe serve de fundamento, somente uma nova valoração também daquele fato poderia fulminar a ultratividade mencionada.[56]

2.5 Combinação de leis e normas. O caso da chamada *Lex Tertia*

A questão que aqui se põe é de se, na busca da retroatividade da lei mais benéfica, é possível a combinação entre aspectos positivos de uma lei e de outra, fazendo com que incida a retroação tão somente com referência ao aspecto que se afigura positivo.

O argumento principal de oposição a essa interpretação é de que isso implicaria na criação da chamada *lex tertia*, ou terceira lei. Quer dizer, uma lei diversa da que vigia e diversa da nova que foi criada. Nesse caso, o julgador estaria usurpando a

posição do legislador.[57]

Porém, esse entendimento claramente padece do problema de confundir lei e norma.

Há uma evidente diferença entre a *lei*, que é mero invólucro, veículo descritivo da *norma*, e esta última. Enquanto a lei é mero instrumento de descrição da norma, esta é um comando oriundo de uma conjugação de vontades. É expressão da pretensão de um povo. Assim, resta claro que a norma, como comando, só se expressa pela atividade judicante de sua aplicação. Ao fazê-lo, o juiz exercita a verdadeira *realização* da norma, a sua efetiva e real existência. Norma é, portanto, a lei viva, a aplicação da regra anódina e hipotética ao caso concreto, a conversão da lei em comando. Visto desse modo, resta claro que o juiz *cria* norma,[58] posto que cria a regra coercitiva para o caso concreto.

Sabido que cada dispositivo legal incriminador contempla, ao menos, duas normas, um comando geral (norma primária) e outro especial, destinado ao juiz (norma secundária), é fácil concluir que um mesmo dispositivo de lei pode contemplar mais de uma norma.

Assim, uma vez que incumbe ao juiz a resolução do caso pela *criação* hermenêutica da norma para o caso concreto, é perfeitamente lícito que ele se valha de parte de um dispositivo de lei (somente a parte mais favorável) e promova sua aplicação aos casos em curso. É com essa perspectiva em mente que Taipa de Carvalho afirma textualmente que "sobre a alegada ilegitimidade da aplicação das disposições favoráveis de cada uma das leis, não se vê onde esteja a ilegitimidade; deve mesmo dizer-se que tal é imposto pela *ratio* jurídico-política da proibição da retroactividade desfavorável e pela *ratio* político-criminal da imposição da retroactividade favorável".[59]

O entendimento, que hoje conta com precedente do Supremo Tribunal Federal,[60] é magistral e didaticamente exposto por Frederico Marques,[61] qualificando de inconsistente o argumento contrário:

> "Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em

obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher 'o todo', para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepairar a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação pelo papel preponderante do texto constitucional. A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica se, para evitar-se a transação e o ecletismo, a parcela benéfica a lei posterior não for aplicada pelo juiz; e este tem por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante de proclama os direitos do homem."

De acordo com essa posição, Bustos Ramírez,[62] para quem não existe nenhuma lei estritamente completa, razão pela qual o juiz sempre estará, hermeneuticamente, criando uma terceira lei, coisa que no fundo constitui apenas uma das formas de interpretação: a integrativa. Do mesmo modo, figurando como referência mundial na matéria, Taipa de Carvalho afirma não existir qualquer ilegitimidade em aplicação concomitante de dispositivos favoráveis de duas leis, muito pelo contrário, "tal é imposto pela *ratio* jurídico-política da proibição da retroatividade desfavorável e pela *ratio* político-criminal da imposição da retroatividade favorável".[63] É conveniente frisar que o entendimento do autor português segue tendência amplamente

majoritária em todo o direito penal europeu.[64]

No Brasil, boa parte da doutrina contemporânea adota posicionamento idêntico.[65]

Há um exemplo na legislação brasileira que permite vislumbrar de modo claro a diferenciação entre norma e lei e a consequente aplicabilidade da norma mais benéfica retroativamente, mediante uma cisão de aspectos normativos parciais da lei: trata-se da sucessão entre a Lei n° 6.368/76 e a Lei n° 11.343/06 no que tange à incriminação do tráfico ilícito de entorpecentes.

A Lei n° 6.368/76 previa a incriminação do tráfico em seu artigo 12,[66] para o qual estipulava uma pena de reclusão de 3 a 15 anos. A Lei n° 11.343/06, incriminando a mesma conduta em seu artigo 33,[67] estipulou uma pena de reclusão de 5 a 15 anos. Como se nota, houve um incremento da pena mínima que, por ser prejudicial ao réu, não deve retroagir. Perceba-se, já, que dentro do mesmo dispositivo legislativo incriminador, trata-se apenas de um incremento da norma secundária (dirigida ao juiz, estabelecendo o *quantum* de pena), sendo a norma primária mantida igual em sua essência (dirigida a todos, estabelecendo os limites da conduta proibida).

Ocorre que o novo dispositivo incriminador trouxe uma norma a mais, antes não existente, também de caráter secundário, dirigida à operação de fixação de pena do magistrado, especificamente na terceira fase, qual seja, uma causa especial de diminuição de pena, para os casos em que o traficante condenado não se dedicasse a atividades criminosas nem fizesse parte de organizações criminosas, fosse primário e de bons antecedentes, caso em que a pena deveria ser reduzida de um a dois terços.[68]

Alguns julgadores rechaçaram a possibilidade de que a norma contida no § 4° da Lei n° 11.343 retroagisse e incidisse sobre as pessoas condenadas pelo crime da Lei n° 6.368/76.[69]

Fizeram-no, sob o argumento de que a lei nova pretendeu *agravar* a pena e não abrandá--la, tanto que aumentou a pena mínima cominada ao crime e a aplicação da causa especial de diminuição era uma redução dirigida justamente a suprimir os efeitos desse aumento, em casos específicos previstos pela nova lei; ademais, uma

combinação dessa natureza levaria a uma redução da pena ainda maior do que era a pena da lei revogada. Finalmente, aduziram a impossibilidade de criação da chamada *Lex tertia.*

Em primeiro lugar, cabe dizer, contra essa classe de argumento, que ela pretende justificar anticientificamente a péssima técnica legislativa empregada no caso. Não seria a primeira nem a última vez que o legislador, ao pretender realizar um incremento punitivo, provoca justamente o contrário. Serve como exemplo disso, também, a malfadada Lei n° 11.705/08.[70]

Em segundo lugar, o argumento de que a causa de aumento compõe com a pena estabelecida na lei nova uma única norma é absolutamente equivocado. Há um claro comando normativo na norma secundária contida no dispositivo incriminador do art. 33 da nova lei, dizendo: "*juiz, a quem praticar o tráfico ilícito de entorpecentes, aplique uma pena de 5 a 15 anos de reclusão*". Há outro comando, completamente diverso deste, contido no § 4°, dizendo: "*juiz, àqueles traficantes primários, de bons antecedentes, que não fazem parte de organizações criminosas, nem se dedicam a atividades criminosas, que foram condenados, reduza a pena de um a dois terços*". Obviamente, não se trata de um único comando normativo. Nem mesmo de idênticos comandos normativos. Nem sequer de idênticas pretensões do legislador, como querem fazer crer os incautos. A primeira pretensão do legislador é limitar qual é a pena a ser aplicada aos traficantes, de modo que as circunstâncias judiciais devam ser analisadas dentro de determinados parâmetros. A segunda pretensão do legislador é separar os criminosos "de ocasião" daqueles que fazem do tráfico seu meio de vida ou colaboram com organizações dedicadas a isso.

Assim, o primeiro comando normativo não pode retroagir, porque não há retroação *in pejus* possível, ao contrário, o segundo comando, antes inexistente, deve vir a separar os casos de criminosos ocasionais e não ocasionais, em favor dos primeiros, quando respondem sob a égide da lei anterior que agia mal ao tratar igualmente condições desiguais. Trata-se obviamente de uma retroação *in melius*.

2.6 Sucessão do complemento da lei penal em branco

As normas penais em branco em sentido estrito, já claramente identificadas como fonte de problemas com o princípio de legalidade, também podem apresentar situações conflituosas em casos de sucessão normativa do seu complemento, sempre à luz da consideração sobre se efetivamente a norma complementar posterior, integrante do tipo, é ou não mais favorável ao autor.

Parte da doutrina[71] refere que, em sendo o complemento da norma mais benéfico ao autor, deverá sempre retroagir, posto que o elemento pertencente à norma complementar *integra* o tipo, já que o tipo penal não pode afirmar-se enquanto tal sem o conteúdo da norma complementar.

De modo diverso e, a nosso sentir, mais adequado, parte da doutrina[72] reconhece que a norma penal em branco pode ter complementos de distinta natureza. Ou seja, a descrição legal a ser complementada pode ter, em seu complemento, apenas uma mera circunstância derivada do dispositivo legal que a complementa ou, ao contrário, ter um complemento que efetivamente determina o conteúdo da incriminação.

Assim, a *classe* de variação do complemento da norma penal em branco é que determinará a necessidade de retroatividade ou não. Caso a alteração do complemento importe em diversa valoração do conteúdo incriminado, pode haver retroação *in melius*, do contrário, a irretroatividade permanece.

Como exemplo, imagine-se um caso de falsificação de moeda. Caso fosse a falsificação de cédulas de 100 cruzeiros novos, realizada na época em que essa moeda tinha algum valor nominal, e que, em virtude da inflação galopante, que nos fez alterar várias vezes a moeda, com perda do seu valor de face, culminando por ser julgada em período em que o dinheiro utilizado já fosse o real, obviamente, o desvalor da conduta e do resultado não teriam se alterado, malgrado materialmente o dinheiro não tivesse já nenhum valor nominal. Nesse caso, obviamente a alteração do complemento da norma penal não poderia favorecer o réu.[73] Outro exemplo, este oferecido por Basileu Garcia,[74] é caso em que se estipula como crime violação de tabelamento de preços,[75] que, sendo denunciado e processado, quando da decisão final, já conta com outros valores na tabela de preços, segundo os quais a sua conduta já não seria incriminada.

2.7 Sucessão de leis processuais penais

Majoritariamente, a doutrina segue mantendo a ideia de que as normas processuais penais – seja de imputação ou de execução – não devem submeter-se ao princípio da retroatividade da lei mais benigna, aplicando-se a elas a regra *tempus regit actum*.[76] O fundamento seria de que a lei processual regularia apenas o processo e o procedimento, não guardando relação com o aspecto punitivo do direito material.

Bitencourt[77] adota uma posição intermediária, no sentido de que a regra *tempus regit actum* deve ser aplicada para as normas processuais propriamente ditas. Contudo, quando alguma regra processual contempla efeitos em face das garantias individuais, como por exemplo, as relativas às condições para a prisão cautelar, nesse caso se trasladariam para o processo as normas de direito material. O autor distende ainda a aplicabilidade dessa interpretação às chamadas leis *híbridas*, que contemplam matéria de direito penal e direito processual penal simultaneamente.[78] Refere também Paulo Rangel,[79] que existem *normas processuais penais materiais*, sobre as quais deve incidir o princípio de irretroatividade da lei penal mais severa, por constituírem, igualmente às normas do direito substantivo, garantias do incriminado. Cita como exemplo o caso da abolição do protesto por novo júri pela Lei n° 11.689/08, que o autor não considera aplicável aos crimes praticados antes da entrada em vigor do referido dispositivo legal.

Não nos parece correta a posição da doutrina majoritária e apenas tímida a posição intermediária. É que não concebemos, em nenhuma hipótese, que as regras processuais penais possam pertencer a outra coisa que não o sistema penal como um todo. Por ser assim, estas também deveriam servir à composição de um sistema de garantias do réu contra a atividade punitiva estatal. Em verdade, mesmo um direito penal material absolutamente garantista poderia servir a propósitos ditatoriais mercê de um processo penal fortemente inquisitivo.

Menos sentido ainda parece ter essa ideia no processo de execução, posto que a realização dinâmica da execução da pena nada mais é do que o plasmar da norma secundária de incriminação.

Portanto, a nosso sentir, afigura-se correta postura que vem ganhando corpo[80] no

sentido de reconhecer a regra geral de retroatividade da lei penal mais benigna também para as hipóteses de conflito de leis processuais penais no tempo. Na esteira dos comentários de Paulo Queiroz, entendemos que "o processo penal nada mais é do que um *continuum* do direito penal, ou seja, é o direito penal em movimento, e, pois, formam uma unidade"[81] e, em função disso, necessariamente, "ao princípios inerentes ao direito penal (legalidade, irretroatividade da lei mais severa etc.) devem ser aplicados, por igual, ao processo penal, unitariamente, não cabendo fazer distinção no particular".[82]

Conforme já mencionamos, há posição intermediária, que segue tese levantada há tempos pela doutrina portuguesa,[83] que pretende a distinção específica entre classes de normas processuais. Mais especificamente entre aquelas que comportassem *substantial rights* e outras que fossem apenas de mera ordenação procedimental, distinguindo, por exemplo, entre as regras processuais a respeito dos fundamentos da prisão preventiva e as regras que estabelecem prazos para o oferecimento de alegações ou número de testemunhas permitidas. Em tese, as primeiras, por fazerem referência a direitos fundamentais como a liberdade, deveriam submeter-se às normas de solução dos conflitos de lei no tempo aplicáveis às normas de direito penal material. Ao contrário, as segundas deveriam ter aplicabilidade imediata independentemente do seu conteúdo.

Discordamos dessa separação, por razões elementares. Em primeiro lugar, porque o processo penal é um conjunto indistinto de regras, que não diz respeito a outra coisa que a realização do direito material, de modo que todas as suas regras, direta ou indiretamente, influenciam no alcance da lei penal material sobre o sujeito, de modo que *sempre* é possível identificar se sua aplicação resulta mais ou menos benéfica ao réu, não pairando dúvida interpretativa. Em segundo lugar, porque, em sendo o processo penal continuidade e realização do direito material, não cabe, a esse efeito, separá-lo daquele em termos de regras hermenêuticas, posto que, como bem observa Paulo Queiroz,[84] não cabe ser garantista em um momento (do direito material) e deixar de sê-lo em outro (do direito processual), posto que "o que importa numa perspectiva garantista, não é a natureza jurídica da norma – se pena, se processual

penal, distinção nem sempre fácil –, mas o grau de garantismo que encerra".

Na Europa, a postura de defesa da incidência da retroatividade da norma mais benigna em matéria processual penal conta também com acérrimos defensores, tanto de processualistas quanto de penalistas.[85]

Ademais, em sendo a coerção processual nada mais do que a realização da coação punitiva, deve-se reconhecer a primazia do direito penal substancial a efeito de espraiar o seu sistema de princípios aos subsistemas do processo de imputação, bem como da execução.[86]

2.8 Sucessão de jurisprudência

A questão que se põe aqui é se eventuais alterações de posicionamentos jurisprudenciais a respeito do mesmo texto legal devem ou não submeter-se à mesma regra aplicável à sucessão de leis.[87] Nesse caso, a discussão compreende tanto a questão relacionada à possibilidade de uma interpretação jurisprudencial recrudescente não poder alcançar fatos cuja incriminação deu-se sob a égide de interpretação diversa, mais benéfica, quanto a possibilidade de que a interpretação mais benéfica retroaja para alcançar o juízo sobre fatos criminosos acontecidos durante interpretação anterior, menos favorável ao réu.

Evidentemente, a referência aqui se restringe às hipóteses de efetivo *assento* jurisprudencial, ou seja, a respeito de entendimentos jurisprudenciais *consolidados*, ainda que não necessariamente através de enunciados sumulares. Isso porque a variedade de Tribunais e de casos a eles submetidos tem por usual divergência em suas decisões. Assim, somente pode ser levada em conta, para efeito dessa discussão, a interpretação jurisprudencial que for efetivamente consolidada.

De qualquer modo, a maioria da doutrina rejeita essa possibilidade, com a ressalva do reconhecimento da ocorrência, em casos desse jaez, de erro de proibição escusável.[88] Ocorre que a arguição do erro de proibição não tem o alcance que proclamam os autores que o invocam para solucionar essa questão. Isso porque a sucessividade das interpretações jurisprudenciais não se refere unicamente à existência ou inexistência da proibição.[89] Pode referir-se, por exemplo, à incidência

ou não de determinada condição de procedibilidade, como por exemplo, com a questão da representação para os crimes de ação penal pública condicionada, ou ainda no que tange à fixação da pena.

Ademais, nos casos em que a sucessão jurisprudencial acontece em prejuízo do réu, é altamente discutível a própria questão do erro, pois o sujeito, na hipótese concreta, não se engana quanto à proibição. Ele atua na consciência que corresponde exatamente à forma com que os Tribunais interpretam a situação que ele está vivendo. Esse erro só aconteceria se a interpretação dos Tribunais já tivesse sido alterada quando o sujeito comete o crime. A disparidade ocorre, na verdade, entre a compreensão do autor em face da não incriminação jurisprudencial do fato por ele praticado, frente a uma interpretação jurisprudencial que muda depois do fato, *in pejus*. Assim, a pretensão de que ele atue de acordo com o direito repousa na incrível hipótese de que ele vaticine a possível mudança de entendimento jurisprudencial a respeito do tema.[90]

Mesmo diante dessas evidências, segue a doutrina majoritária preconizando a impossibilidade de que as regras a respeito da sucessão de leis sejam aplicadas às interpretações jurisprudenciais. Os argumentos principais esgrimidos pela doutrina contrária à aplicação das regras relativas à lei penal no tempo também ao entendimento jurisprudencial consolidado, são os seguintes: (a) a proibição de retroatividade paralisaria a jurisprudência, que deve conduzir-se no sentido da permanente recriação da lei;[91] (b) o princípio de separação entre os poderes impede o reconhecimento da equivalência entre lei e jurisprudência.[92]

Certa corrente minoritária de doutrina,[93] em contraposição, defende que a ideia constitucional de retroatividade da lei mais benigna deve ser aplicada também às interpretações jurisprudenciais em matéria penal. Essa é, sem dúvida, a posição mais correta, como é possível verificar através de uma observação mais detida dos argumentos em contrário já elencados.

O primeiro argumento, com a devida *venia* à irrefutável autoridade teórica do seu autor, está desfocado. Isso porque, quando se cogita a possibilidade de aplicar as regras de irretroatividade e retroatividade às construções jurisprudenciais, não

significa uma pretensão de que se paralise a jurisprudência, ou seja, que uma vez decidido em um sentido, essa forma de interpretação não possa ser alterada em desfavor do réu. Não é isso. Somente significa que os casos relativos aos crimes praticados antes da alteração de entendimento por ela não podem ser alcançados. Não se pode afirmar que, nesse caso, a alteração do entendimento jamais se processaria, uma vez que o resultado final permaneceria sempre igual. É perfeitamente possível à Corte afirmar, no julgamento do caso, que o seu entendimento mudou a respeito do tema, mas que essa nova interpretação não seria aplicada ao caso concreto apenas porque o fato é anterior a essa mudança.[94] Nesse caso, o anúncio da perspectiva de alteração de entendimento restaria explícito, firmando o marco a partir do qual os fatos praticados seriam atingidos pelo novo entendimento.

No que tange ao segundo argumento, várias são as razões pelas quais ele não pode ser acolhido.

Em primeiro lugar, porque a separação entre os poderes, constitucionalmente ditada, não significa que estes sejam estanques ou que esteja vedado o uso comum de determinados princípios, especialmente o de legalidade, como no caso.

Aliás, convém notar que o próprio art. 2° da Constituição da República Federativa do Brasil faz referência a que os poderes da União – Legislativo, Executivo e Judiciário – são *independentes* e *harmônicos* entre si. Deve-se entender por essa "harmonia" a possibilidade de interação e controle recíproco.[95]

Em segundo lugar, é preciso lembrar que a confiança na jurisprudência, para a população em geral, equivale à confiança na lei. Com efeito, conforme comenta Sanguiné,[96] "desde o ponto de vista do indivíduo, é psicologicamente indiferente que se lhe puna de forma retroativa por causa de uma lei ditada pelo Parlamento ou por causa de uma nova interpretação jurisprudencial".

Em terceiro lugar, e mais importante, a questão passa necessariamente pela discussão sobre a relação entre a atividade judicante e a norma.

Obviamente, a retroatividade é um aspecto axiológico e, como tal, valorativo e não meramente descritivo. Assim, tomada a questão do princípio de retroatividade apenas sobre a *lei* mais benigna, estaria representando apenas o aspecto interno, o

veículo da norma, e não sua essência. Desse modo, seria simplesmente impossível *qualificá-la* de mais ou menos benéfica. Somente é possível afirmar se estamos diante de uma lei mais ou menos benéfica mediante a análise valorativa de seu conteúdo e, mais, mediante o cotejo desse conteúdo com o conteúdo da lei anterior. Desse modo, a análise é do conteúdo da lei, portanto, da norma. Se a norma é criada no caso concreto por cada juiz, é claro que a norma aplicada pelo juiz deve sofrer o influxo geral do dispositivo constitucional e legal de retroatividade. Nesse sentido, inclusive, concorre a lição de Juarez Tavares:

> "Para determinar se há ou não submissão à regra geral, o decisivo não é a forma, mas o grau de intensidade vinculante de interpretação judicial, isto é, a medida em que essa interpretação se converte em uma norma para todos. A vinculação da jurisprudência como decisão de aceitação geral, integradora da proteção à confiança, se faz através de sua reiteração. É essa reiteração que a faz conhecida, que gera confiança, que estabiliza a imparcialidade. Sua variação, portanto, influi na vida comum e representa uma alteração da própria realidade jurídica, com repercussões no lícito e no ilícito, podendo dar lugar à caracterização mais evidente do erro de proibição. Mais vinculante ainda é a jurisprudência acolhida em súmulas do Tribunal Supremo quando tem força de norma constitucional. Em tais hipóteses, é possível afirmar que a alteração jurisprudencial só se aplicará a fatos cometidos depois de sua edição, se é em prejuízo do réu. Uma vez proibida a retroatividade in malam partem, resta claro que, com a mesma razão, ainda que os fundamentos de garantia aqui não entrem em consideração, mas sim aspectos de política criminal, deve-se postular a retroatividade *in bonam partem*, inclusive como meio de atualizar o direito e tornar equivalente a ordem jurídica, segundo as novas orientações científicas."[97]

Se o entendimento fosse de que o juiz não cria norma, procedendo apenas uma anódina subsunção, seria o caso de óbvia rejeição da aplicação da interpretação

jurisprudencial dos dispositivos legais. Porém, é obvio que há uma crucial diferença entre norma e lei e, nesse diapasão, o juiz resulta ser criador de norma para o caso concreto, construindo a realidade de sua aplicação.[98] Ao construir a realidade da aplicação da norma, na segunda etapa do processo de criminalização (criminalização secundária) é o juiz que dá concreção à norma que efetivamente existe, à lei em concreto, à lei que é dado conhecer ao seu destinatário.[99]

Sendo assim, a consequência direta é a necessidade de verificação dos limites do princípio de legalidade também no campo jurisprudencial, para determinar a retroatividade da jurisprudência mais benigna e irretroatividade daquela que venha em prejuízo do réu, sempre e quando se trate de entendimento jurisprudencial consolidado.

É importante notar que as decisões, nas mais das vezes são conflitantes e concomitantes, pelo que a interpretação aqui há de ser restritiva. Ou seja, somente é possível considerar a aplicação do princípio diante de alteração referida a posição *consolidada* pela jurisprudência e não sobre qualquer sorte de julgado,[100] sob pena de completa perda de um mínimo de segurança jurídica.

O princípio, portanto, tem aplicabilidade não só para dirimir conflitos entre leis penais sucessivas, mas também para a solução de aparentes conflitos entre normas penais.

2.9 O tempo do crime

A regra sobre o tempo do crime contemplada no Código Penal brasileiro, no art. 4°, revela a adoção da chamada teoria da atividade,[101] já que estabelece que o crime será considerado praticado no momento da ação, ainda que outro possa ser o momento de ocorrência do resultado.

Dessa forma, a ação praticada determina a lei a que o fato se subsume, evitando que o postergar de um resultado, muitas vezes alheio à própria pretensão do autor, possa servir de abrigo para alterações legislativas que o aflijam. De outro lado, com esta disposição também se encontram cobertas as hipóteses de tentativa, onde o resultado buscado simplesmente não tem lugar.

Portanto, nos crimes de ação, o momento de realização dos atos de execução é o momento do crime, e nos de omissão, o exato instante em que surge o dever de agir, permanecendo inerte o autor.

Nos casos de concurso de pessoas para práticas delitivas, o momento da participação de cada um determina o seu *tempo do crime*.

Importa sublinhar, porém, algumas exceções à regra geral, especialmente nas situações relacionadas à prescrição.

A primeira é relativa aos crimes permanentes. Nestes, a ação segue em curso enquanto dura a permanência, razão pela qual todo esse tempo é considerado *tempo do crime*, devendo ser computado como momento exato aquele em que cessa a permanência, inclusive a efeito de prescrição (art. 111, inciso III, do Código Penal).

A contagem de prazo prescricional em crimes consumados também constitui exceção, posto que a contagem do prazo de prescrição da pretensão punitiva em abstrato começa a contar a partir do dia em que o crime se consuma, ou seja, do resultado, e não da realização da ação (art. 111, inciso I, do Código Penal). A mesma contagem do prazo prescricional da tentativa parte de quando cessou a atividade criminosa, ou seja, de quando se realizou o último *ato* de execução, obediente, portanto, à regra geral (art. 111, inciso II, do Código Penal).

Ainda servem de exceção os crimes de bigamia, falsificação e alteração de assentamento do registro civil, posto que estes têm o prazo prescricional computado a partir da data em que o fato se torna conhecido (art. 111, inciso IV, do Código Penal).

Merece referência, por último, a questão levantada pela Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal, de recente edição, que comporta o seguinte conteúdo: "*a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação de continuidade ou da permanência*".

O entendimento jurisprudencial conta com o apoio de certo setor da doutrina, tanto nacional[102] quanto estrangeira.[103]

A súmula, porém, foi motivo de crítica proferida por Cezar Bitencourt, especialmente no que tange à equiparação entre o crime permanente e o crime continuado.[104] É óbvio que não são a mesma coisa. O crime continuado é, na verdade,

uma ficção jurídica criada como formulação que visa a aplicação de uma pena mais justa, especialmente destinada a diminuir os riscos de excesso derivados do cúmulo material de pena. Ou seja, é um instituto criado para proteger o réu, e não constrangê-lo. Na realidade, cada delito considerado no âmbito da continuidade possui sua própria ação e esta se desenvolve em um contexto específico de espaço-tempo, portanto, em um contexto específico de motivação e determinação da norma. Não é possível subvertê-lo artificialmente. Assim, não é possível aplicar ao concurso de crimes outra coisa que não a regra geral do tempo do crime, ou seja, cada atividade criminosa perpetrada tem o seu próprio tempo.

O crime permanente, ao contrário, tem uma única atividade que se desenvolve no espaço--tempo e em determinado momento cessa. Como é óbvio, não se pode determinar qualquer momento da atividade como tempo do crime, posto que todos são equivalentes e indistintos. Daí a necessidade de estabelecer a cessação da permanência como momento do crime.

Entretanto, mesmo uma interpretação restritiva da súmula, aplicando-a somente aos casos de crimes permanentes, leva a flagrante injustiça e violação do princípio de igualdade em sua dimensão material.

É que ao referir que a lei mais grave se aplica ao caso concreto estando em vigor antes da cessação da permanência, a súmula dá solução igual para duas situações diferentes. É que a súmula simplesmente não distingue os casos em que a lei mais grave esteve em vigor antes da cessação da permanência *e foi sucedida por outra também antes da cessação da permanência* e os casos em que *a lei em vigor no momento da cessação da permanência era a mais grave*.

As situações, do ponto de vista da norma, não são materialmente iguais, posto que não se pode negar a influência na cessação de permanência do advento de uma norma mais ou menos recrudescente.

Além disso, o *tempo do crime* é o de cessação da permanência consoante expressão literal do Código Penal. Embora a prescrição do art. 111, inciso III, guarde referência explícita à contagem de prazo prescricional, o fato é que a regra é derivada de uma absoluta impossibilidade de demarcar outro termo para o tempo do crime

permanente, que de algum modo se relacione à regra geral da teoria da atividade esposada pelo Código. Assim, há que se considerar que a referida norma tem aplicabilidade *geral* para a determinação do tempo do crime, não sendo possível, por força do princípio de legalidade, a revogação da lei federal por uma Súmula.

---

1 Em sentido semelhante, apenas com a diferença de que não se refere à expressão legislativa da norma, mas à norma penal como um todo, apoiando-se, nesse sentido, em uma concepção normativa estritamente *kelseniana*, veja-se: SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 35.

2 Em forma de tratados, o mais importante a ser referido é, sem dúvidas, o Tratado Roma, do qual o Brasil é signatário e, em forma de codificação interna com referência externa, a obra melhor acabada parece ser o Código Penal Internacional Alemão (*Völkerstrafgesetzbuch*). A respeito, vide: WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho penal internacional*. Trad. de María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. Anota Cláudio Brandão que só começou a ganhar relevo a ideia de aplicação extraterritorial do Direito penal no século XIX, com o advento da codificação penal na Alemanha e na França, porém, se é antigo o debate sobre a aplicação da lei penal de um determinado Estado fora de seu território, é muito recente o estudo do que se convencionou chamar de Direito Penal Internacional, que conta com normas melhor consubstanciadas apenas a partir de 1998, com o Tratado de Roma. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008. p. 78-79 Para um breve resumo da história recente da composição de uma Justiça penal internacional, veja-se: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. O Tribunal penal internacional: antecedentes históricos e o novo Código Penal Internacional Alemão. *Tribunal Penal Internacional*. Org.: Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 15 ss.

3 Para detalhes, veja-se: FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Trad. de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

4 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 80.

5 Toma-se aqui a referência à legislação brasileira, especificamente o que restou definido pela Lei n° 8.617, de 4 de janeiro de 1993, que, em seu art. 1°, define: "O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil." Tal disposição legal obedece à Convenção Internacional de Montego Bay, promovida pela ONU, em 10 de dezembro de 1982, que dava previsão específica a respeito em seu artigo terceiro. Ora, parece que aqui figura a definição de que parte do mar possa ser efetivamente considerada **território**, que é o conceito posto em mesa. De forma diversa, fazendo referência a que a plataforma continental também é um dos itens componentes do conceito de **território**, veja-se: SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 37. Não nos parece correta a interpretação, posto que a referência a que o espaço de 188 milhas a partir do *mar territorial* possa ser reservado a exclusiva exploração econômica do Brasil não significa que possa ser tomado como parte do território, já que, por exemplo, a exploração científica, inclusive de cunho econômico da Antártica, é exercida também por consórcios de governos, sem que qualquer deles possa arvorar-se em sustentar que determinada parte daquele continente é seu território. Juridicamente, na verdade, a Antártica, está sujeita ao Tratado da Antártida, pelo qual as várias nações que reivindicavam territórios no continente (Argentina, Austrália, Chile, França, Noruega, Nova Zelândia e Reino Unido) concordam em suspender as suas reivindicações, abrindo o continente à exploração científica. Cezar Bitencourt chega a atribuir a ideia – que chegou a fazer parte do ordenamento jurídico, através do Decreto-lei n° 1.098/70 – de que teríamos um mar territorial de 200 milhas, à excessiva pretensão dos governos militares. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 177. Também em sentido crítico, negando expressamente o caráter territorial de 200 milhas: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 81.

6 O tema é regido por Convenções sobre aviação civil internacional, havidas em Varsóvia de 1929 e em Chicago em 1944, e na legislação brasileira é tratado especificamente pelo art. 11 da Lei n° 7.565/86, o Código Brasileiro de Aeronáutica.

7 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 177.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 177.

9 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 177.

10 Veja-se comentário mais detido em: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis*Tratado de Derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. t. II, p. 767 ss.

11 2° Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

12 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 176.

13 Cf. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. 5. ed. Buenos Aires: TEA, 19
v. 1, p. 215. No Brasil, veja-se: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado*... cit., p. 176.

14 Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 91-92.

15 Cf., por exemplo, o item 35, 1, que prescrevia: "35. Qualquer pessoa que matar outra ou mandar matar, morra por isso morte natural. Porém, se a morte for sua necessária defesa, não haverá pena alguma, salvo se nela excedeu a temperança que devera e pudera ter, porque então deverá ser punido segundo a qualidade do excesso. E se a morte for, por algum caso sem malícia ou vontade de matar, será punido ou relevado segundo sua culpa ou inocência que no caso tiver. 1. Porém, se algum fidalgo de grande solar matar alguém, não será julgado a morte, sem no-lo fazerem saber, para vermos o estado, linhagem e condição da pessoa, assim do matador como do morto, qualidade e circunstâncias da morte, e mandarmos o que for serviço de Deus e bem da república".

16 Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 92.

17 Nesse sentido, veja-se: SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal. Parte Geral*... ci
p. 39.

18 Informa sobre a discussão, citando Albuquerque Mello e Juarez Cirino Santos *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 39.

19 Cf. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 39.

20 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 97.

21 Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 97.

22 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 182.

23 Para uma sintética descrição dessas teorias, veja-se: BITENCOURT, Ceza Roberto. *Tratado*... cit., p. 178-189.

24 Para Cezar Bitencourt, a teoria não chega a ser completamente abrangente porque deixa escapar a hipótese em que a ação tenha ocorrido fora do território brasileiro e apenas parte do resultado tenha acontecido no território nacional. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto.*Tratado*... cit., 2008, p. 179. Não estamos completamente de acordo. É que em ocorrendo parte do resultado em território brasileiro, a punibilidade pode alcançar – e limitar-se a – esta mesma. Ou seja, a legislação brasileira poderá ser aplicada justamente ao ataque que produziu um resultado de lesão ou perigo em território nacional, mesmo que seja esse resultado apenas parte de um resultado muito maior deflagrado pela ação. Desse modo, entendemos não tratar-se de uma lacuna, mas de uma mera limitação.

25 A teoria da ubiquidade tem origem no período dos pós-glosadores, na Baixa Idad Média, quando se discutia sobre se o lugar do crime deveria ser a realização da ação (*incohatio*) ou da ocorrência do resultado (*consumatio*), sendo que Julio Claro e Prospero Farinaccio defendiam a ideia de equivalência entre as duas formulações. A informação é de Cláudio Brandão em: BRANDÃO, Cláudic *Curso de Direito penal*... cit., p. 83.

26 MARQUES, José Frederico.*Tratado de Direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 388.

27 CALIXTO, Negi. A propósito da extradição: a impossibilidade do STF apreciar mérito no processo de extradição. Indisponibilidade do controle jurisdicional na extradição, *Revista de Informação Legislativa,* ano 28, n° 109, jan./mar. de 1991, p. 169.

28 Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito penal*... cit., p. 3

29 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 187-188.

30 A partir da criação do Tribunal Penal Internacional, pelo Tratado de Roma, pretende-se dar fim ao longo histórico de existência de Tribunais de Exceção no âmbito do Direito Internacional, como os Tribunais de Nüremberg, de Tóquio e da ex-Iugoslávia. Conquanto possua essa virtude, o Tratado em questão também

abriga dispositivos que comportam graves violações dos princípios e garantias básicas desenvolvidas no âmbito da doutrina penal. Para maiores considerações a respeito, remeto a Paulo César Busato. Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito Penal,*RT,* v. 809, ano 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 421-437.

31 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 193.

32 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 193; BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 103.

33 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 64.

34 A ideia é plenamente desenvolvida por Feuerbach em sua teoria da coação psicológica, segundo a qual a função da pena é a de coibir a prática de futuros delitos pela ameaça de pena. A pena resulta eficaz para esse fim, porém, somente quando é dado ao sujeito conhecer o conteúdo do proibido antes de sua prática. Para maiores detalhes, veja-se: FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. *Tratado de Derecho penal.* Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

35 Nesse sentido, a conclusão de Norbert Elias em sua brilhante análise sobre o processo de formação da civilização humana. Veja-se, a respeito: ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador*. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. 2 v.

36 MAURACH, Reinhard. *Tratado de Derecho Penal.* Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. I, p. 142-143.

37 Nesse sentido, a opinião de Cláudio Brandão: BRANDÃO, Cláudio*Curso de Direito penal*... cit., p. 67. Anota também o autor que a interpretação deve ser tomada mesmo diante do fato de que a legislação penal brasileira não possui dispositivo expresso similar ao art. 2°, n° 2, da Lei Orgânica n° 10/95, que alterou o Código Penal espanhol para incluir determinação de que "*em caso de dúvida sobre a determinação da lei mais favorável, será ouvido o réu*".

38 Nesse sentido, veja-se, por todos: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 73.

39 Veja-se, a respeito: BITENCOURT, Cezar Roberto*.Tratado*... cit., p. 165-266. Também: FRANCO, Alberto Silva et al.*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48. No

mesmo sentido já em meados do século XX, Hungria: HUNGRIA, Nélson *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I, t. 1°, p. 119, nota 9.

40 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1956 v. I, t. I, p. 148.

41 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 68.

42 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 68.

43 Art. 2° Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

44 Vide: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 64-65.

45 CEREZO MIR, Jose *Curso de Derecho penal español. Parte General*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. t. I, p. 191.

46 Essa é a solução mantida por Manuel Cobo del Rosal e Tomás Salvador Vives Antón. *Derecho Penal. Parte General*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 204, por entenderem que qualquer postura em contrário entraria em choque com basilares princípios de hermenêutica penal. BUSTOS RAMÍREZ, Juan *Manual de Derecho penal Español*. Barcelona: Ariel, 1984. p. 100, para quem, nesses casos, a lei intermediária goza simultaneamente de retroatividade e ultratividade. Usando os mesmos argumentos, Basileu Garcia e Aníbal Bruno afirmavam que já em sua época esse era o entendimento prevalente entre os autores. Confira-se em: GARCIA, Basileu *Instituições de Direito Penal*... cit., p. 149 e BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 256-257. Também na doutrina brasileira atual, em eco a este entendimento BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado*... cit., p. 168; QUEIROZ Paulo. *Direito penal. Perte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 100 GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Parte Geral*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 95; GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Geral*. Niterói: Ímpetus, 2005. v. I, p. 125.

47 É a opinião, no Brasil, de Cláudio Brandão. *Curso de Direito penal*... cit., p. 72. anteriormente: MESTIÉRI, João *Manual de Direito penal. Parte Geral*. Rio de

Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 74; PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 179; e HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*... cit., p. 128.

48 Nesse sentido: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 29.

49 BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alessandro; SLOKAR, Alessandro. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 216. De modo similar, afirmando a taxatividade do princípio de legalidade sob forma de irretroatividade: LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 29-30.

50 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 169.

51 Cf. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*... cit., p. 129.

52 Nesse sentido: MESTIÉRI, João. *Manual*... cit., p. 74.

53 A observação é de Roxin: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. e notas de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 169.

54 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*... cit., p. 150.

55 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 151. Assim também: MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. t. I, p. 129.

56 Nesse sentido: GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*... cit., p. 150-15

57 Nesse sentido, por exemplo: CEREZO MIR, Jose. *Curso de Derecho penal*... cit. 190. Cita-se, também: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado*... cit., p. 634-635.

58 Nesse sentido, Cláudio Brandão afirma expressamente que "a sentença é a norma caso concreto, criada pelo juiz. Assim, na sentença judicial, que se repita, é uma norma criada pelo juiz, é perfeitamente possível ao julgador se movimentar dentro dos quadros legais do ordenamento jurídico". BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 70.

59 CARVALHO, Américo Taipa de. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 158.

60 Veja-se HC 69.033-5, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, 13 mar. 1992, p. 2925.

61 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito penal*... cit., p. 256-257.

62 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual*... cit., p. 101-102.

63 CARVALHO, Américo Taipa de. *Sucessão de leis penais*... cit., p. 158.

64 Os argumentos seguem, de modo geral e na opinião do francês Roubier, em ROUBIER, Paul*Le doit transitoire (conflits des lois dans le temps)*. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960. p. 604, e do italiano Petrocelli, em PETROCELL Biagio. *Principi Di Diritto penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1964. p. 162.

65 Por exemplo, BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado*... cit., p. 168; QUEIROZ Paulo. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 113; CALLEGARI, André Luís Nova lei de drogas – da combinação de leis (*lex tertia)* – fato praticado sob a vigência da lei 6.368/76 e aplicação da nova Lei n° 11.343/06, *Boletim do IBCCrim*, ano 14, n° 170, jan. 2007, São Paulo: IBCCrim, p. 6; e BRANDÃ(Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 70, no sentido de que a necessidade de combinação das leis deriva de uma exigência de equidade.

66 Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vend expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena – Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

67 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vende expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

68 § 4° Nos delitos definidos no *caput* e no § 1° deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

69 Por exemplo, o HC 1242598/SP, julgado em 29/4/2009 pela 5ª Turma, relator o

Ministro Félix Fischer.

70 A chamada “lei Seca”, que alterou dispositivos incriminadores do Código de Trânsito, especialmente o crime de embriaguez ao volante, provocando, como efeito, uma enxurrada de extinções de punibilidade por *reformatio in melius*.

71 Essa é a opinião de Juan Carlos Carbonell Matteu.*Derecho penal*: concepto y principios constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 145. No Brasil: SANTOS, Juarez Cirino.*Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 54; também: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 74.

72 Para uma análise detida veja-se SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*... c p. 257-259. No Brasil: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado*... cit., p. 170-171; e MESTIÉRI, João*Teoria elementar do Direito Criminal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1990. p. 109.

73 O exemplo é uma mera adaptação do oferecido por Soler, *verbis*: “Para que seja este o caso, é necessário que a variação da norma complementar importe em verdadeira alteração da *figura abstrata do Direito penal*, e não mera circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma. Assim, por exemplo, o fato de que uma lei tire de certa moeda o seu caráter, nenhuma influência tem sobre as condenações existentes por falsificação de moeda, pois não variou o objeto abstrato da tutela penal; não variou a norma penal que continua sendo idêntica”. SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*... cit., p. 257.

74 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*... cit., p. 154-155.

75 Por exemplo, artigo 2°, n° IV, da Lei n° 1.521, de 26 de dezembro de 1951, crime contra a economia popular, que entrou em vigor no governo Vargas:Art. 1° Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta Lei regulará o seu julgamento.Art. 2° São crimes desta natureza:I – [...];II – [...];III – [...];IV – negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviço, desde que a importância exceda de quinze cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês.

76 Por exemplo, Reinhard Maurach.*Tratado de Derecho Penal*... cit., p. 615-616 afirmava que “todas as prescrições sobre os pressupostos processuais, ainda quando se encontrem acolhidos no Código Penal, são de natureza jurídico-processual e não jurídico-material. Estes pressupostos encontram-se situados,

portanto, fora do tipo penal, sem influir sobre a antijuridicidade. Nem precisam ser abarcados pelo dolo, nem participam das limitações impostas ao direito material pelo parágrafo 2, relativo à proibição de retroatividade". No Brasil, veja-se: GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*... cit., p. 152; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal. Parte geral*. 15. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 102.

77 Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado*... cit., p. 171, aqui seguindo a terminologia e o posicionamento de Roxin, expresso em: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 164-165.

78 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 171, nesse caso coincidindo com a postura da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no HC 71.009, publicado no *DJU* de 17 de junho de 1994.

79 RANGEL, Paulo. O princípio da irretroatividade da lei processual material como garantia fundamental, *Boletim do IBCCrim*, ano 16, n° 188, jul. 2008, São Paulo: IBCCrim, p. 4.

80 Essa posição inclusive já conta com expressa previsão legislativa em alguns países, como no Peru, conforme noticia Hurtado Pozo, quem dá conta de que o Código de Processo Penal de 1991 daquele país previu, no artigo IX do título preliminar, que "a lei processual se aplica desde sua vigência, inclusive para o que resta do processo por um delito cometido com anterioridade e cuja sentença não tenha transitado em julgado, sempre que se trate de disposições mais favoráveis ao imputado". HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte General*. 3. ed. Lima: Grijley, 2005. p. 329.

81 QUEIROZ, Paulo. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 5.

82 QUEIROZ, Paulo. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 6.

83 Trata-se especificamente da obra de Américo Taipa de Carvalho. *Sucessão das leis penais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 209 ss., onde este identifica que determinados dispositivos processuais penais podem afetar direitos individuais fundamentais. Assim, ele propõe critérios de identificação das normas processuais penais materiais e normas processuais penais formais, aplicando o princípio de retroatividade da lei mais benigna apenas às primeiras.

84 QUEIROZ, Paulo. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 113.

[85] Veja-se, por exemplo, entre os processualistas: LEONE, Mauro.*Il Diritto Penale nel Tempo* – aspetti costituzionali del principio d'irretroatività. Napoli: Jovene, 1980. p. 90. Entre os penalistas: JAKOBS, Günther*Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcia Pons, 1997. p. 115.

[86] Este último argumento é de Juarez Cirino dos Santos: SANTOS, Juarez Cirino *Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 55.

[87] Noticia Odoné Sanguiné que o tema foi amplamente debatido na Alemanha, relativamente ao crime de embriaguez no trânsito. Segundo refere o autor, o Tribunal Superior Federal (*Bundesgerichtshof*), depois de dez anos de entendimento consolidado no sentido de que a presunção absoluta de incapacidade para a condução segura de veículos automotores (elemento do tipo do § 316 do Código Penal) se dava a partir da concentração de 1,5 g/l de álcool no sangue, em 1966 alterou seu entendimento em obediência a informes provenientes de órgãos de saúde, passando a entender que a concentração de 1,35 g/l já causava insegurança na condução. Mais tarde, por volta de 1990, alterou novamente o seu entendimento para reconhecer que a incapacidade se dava a partir de 1,1 g/l. SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividad das alterações da jurisprudência penal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n° 31, ano 8, jul./set. 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 145, nota 3. O tema aparece também como pano de fundo para a discussão do tema em: HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal...* cit., p. 333.

[88] Nesse sentido, por exemplo: STRATENWERTH, Günter*Derecho penal. Parte General* I. *El hecho punible* Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A Sancinetti. Madrid: Thompson-Civitas, 2005. p. 80; MAU-RACH, Reinhard ZIPF, Heinz.*Derecho penal. Parte General. 1.* Trad. de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 199; HASSEMER Winfried. *Fundamentos del Derecho penal.* Trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 324-325; ROXIN, Claus *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 166; e HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte General.* 3. ed. Lima: Grijley, 2005. p. 333-334. No Brasil: BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alessandr SLOKAR, Alessandro.*Direito penal...* cit., p. 223-224. A respeito da segurança

jurídica em face da jurisprudência e a necessidade simultânea de permeabilidade do sistema às inovações sociológicas, bem como a comparação entre a função da jurisprudência em um sistema de *Civil Law* em face do sistema do *Common Law*, vide: BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el nuevo Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 175 ss.

89 Nesse sentido: SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade... cit., p. 15.

90 De modo similar: SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade. cit., p. 153.

91 Nesse sentido se posiciona Winfried Hassemer em *Fundamentos del Derecho penal*... cit., p. 324-325, ao referir que “uma ampliação fática da proibição de retroatividade à jurisprudência, suporia sua paralisação, nada mais. Como já vimos muitas vezes, a jurisprudência vive da recriação da lei, carecendo de alternativas frente às margens de liberdade semânticas e à necessidade de regras de uso, frente às mudanças sociais que também influenciam na linguagem”.

92 Nesse sentido, por exemplo: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*... cit p. 166.

93 SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 57-58; TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 40, n° 3, Madrid: Ministerio de Justicia, 1987, p. 763 ss, especialmente p. 768; SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade retroatividade... cit., p. 154.

94 Assim, o “problema” levantado por Carbonell Matteu: “tenha-se em conta que sempre será retroativa qualquer modificação da jurisprudência quando se aplica ao caso concreto ajuizado que, sem dúvida, se cometeu sob a vigência de uma jurisprudência anterior: toda mudança na jurisprudência é, pois, retroativa”. CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. *Derecho penal*... cit., p. 151. Na verdade, é um pseudoproblema, completamente deslocado do conhecimento do que é a *praxis* forense e do amplo conteúdo declaratório de uma decisão judicial.

95 Nesse sentido, José Afonso da Silva refere que a *harmonia* ditada constitucionalmente se traduz em “interferências que visam o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento de outro e especialmente dos governados”. SILVA, José

Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 101.

96 SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade... cit., p. 147.

97 TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia... cit., 768.

98 Nesse sentido, coincidimos com Juarez Cirino dos Santos, que afirma, de modo similar, que "a aplicação da lei penal não é produto asséptico de regras lógicas de subsunção, mas atividade criadora de *construção da realidade social* por juízos atributivos fundados em **regras legais** (tipos de injusto e normas processuais) e **metarregras** (estereótipos e outros mecanismos inconscientes do psiquismo do intérprete), capazes de transformar o cidadão em criminoso, com estimatização social, mudança de *status* e formação de carreiras criminosas definitivas". SANTOS, Juarez Cirino *Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 57. Sobre os estigmas como metarregras causadoras de estereótipos, veja-se, detalhadamente em Carlos Alberto Bacila. *Estigmas. Um Estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Especialmente a partir da p 113.

99 Desse fato, há muito o direito inglês já se deu conta, justamente porque o modelo *Common Law* facilita essa compreensão. Daí a expressão *"the fact is that the law has been wholly changed, the fiction is that it always the same"*. Para detalhes, confira-se: RADBRUCH, Gustav *El espíritu del Derecho inglés*. Trad. de Juan Carlos Peg Ros, Madrid: Marcial Pons, 2001. Especialmente p. 6 ss.

100 Nesse sentido: MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General I...* cit., p. 199. Também: BRANDÃO, Cláudio *Curso de Direito penal...* cit., p. 69; e SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade... cit., p. 164 e 166.

101 Em contraposição à teoria do resultado, segundo a qual o tempo do delito seria o produção do resultado penalmente desvalioso e à teoria eclética, que advoga a ideia de que o tempo do delito seria tanto o da atividade quanto o do resultado.

102 Veja-se, por todos: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal...* cit., p. 76-77

103 Veja-se: ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 1 ed. Atualizada por Luigi Conti. Milano: Giuffrè, 1989. p, 115.

104 Cf., com detalhes, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* cit., p. 173.

Capítulo 4

HERMENÊUTICA JURÍDICO-PENAL. AS FONTES DO DIREITO PENAL. A NORMA PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO

INTRODUÇÃO

Conforme bem refere Vives Antón, “o direito não é uma ciência, mas uma forma de argumentar”.[1]

Essa condição submete o estudo do Direito penal à obrigação de correlacionar suas fontes e suas normas, dentro de um contexto que permita sua adequada compreensão.

Portanto, para a correta organização de um sistema de controle social do intolerável é necessário conhecer de onde emanam as normas jurídicas que exercem tal controle e qual é o seu conteúdo, bem assim o contexto em que devem ser compreendidas.

1 FONTES DO DIREITO PENAL

Como consequência óbvia do princípio de legalidade, toda a organização social tem a lei como regra básica de convivência. Nesse sentido, a lei é, por excelência, a fonte do regramento social coercitivo e, como tal, do instrumento mais potente de que dispõe toda a organização social, que é a coerção através da privação da liberdade. Em virtude também da dimensão política do princípio de legalidade, segundo a qual a vontade de uma coletividade encontra-se expressa na lei, esta resulta ser a fonte primordial do Direito penal. Evidentemente, o caráter estático da lei, quando cotejado com o caráter dinâmico da sociedade, revela, por outro lado, que ainda que seja a lei a fonte primordial do Direito penal, ela não é, nem convém que seja, a única, pois se

assim fosse, a resolução dos casos concretos remanesceria em tal condição estática que boa parte das decisões resultaria contrária à aceitação social. Assim, outros elementos obviamente devem interferir na regulamentação normativa do controle social penal. Ocorre que esses elementos, como os costumes, os princípios e as decisões judiciais, não são exatos, precisos ou nem, por vezes, possuem o mesmo grau de cogência que a lei. Essa fluidez colocaria em risco a segurança provida pela submissão à lei se o âmbito de sua participação fosse demasiado amplo.

Essa é a classe de problemas aos quais remete o estudo das fontes de Direito penal. Na precisa lição de Fernando Galvão, "ao destacar as fontes do Direito penal a doutrina pretende chamar a atenção para as origens do sistema jurídico-penal. A ideia é responder às perguntas sobre quem e como se forma o conjunto de disposições que regulam a intervenção punitiva".[2]

Em princípio, claramente em todo Estado de Direito, a lei é a fonte preferencial das normas penais.

Entretanto, reconhece-se também que normas – no sentido de regras que interferem no controle social – podem ter outras fontes que não a lei, como por exemplo, os Tratados Internacionais validamente celebrados, os costumes, a analogia e as próprias decisões dos Tribunais. Normas penais podem emanar de qualquer uma dessas fontes, porém, apenas aquelas normas de caráter não incriminador.

Nesse ponto, o princípio de legalidade interfere limitando a produção de determinadas fontes de normas penais. É que a reserva absoluta de lei em matéria incriminadora não permite que haja fonte diversa dela.

Discute-se, inclusive, o alcance do termo *fonte*.[3] Entendida desde um ponto de vista material, a fonte do Direito penal seria somente a lei. A questão em que não existe entendimento assente é se aspectos integrativos e interpretativos podem também identificar o caráter de *fonte* da norma penal. A aceitação dessa existência de outras *fontes* obriga à sua análise classificatória.

A melhor opção é, sem dúvida, o entendimento de que as fontes do Direito penal não se resumem à lei. O reducionismo da norma à sua expressão legislativa é, na verdade, um ranço positivista de que seguem padecendo os sistemas interpretativos

jurídicos e especialmente os jurídico-penais, por conta de uma persistente e nociva influência *kelseniana* nas escolas de direito, em especial as brasileiras. É perfeitamente possível considerar amplamente o tema das fontes, com estrita obediência ao princípio de legalidade, já que a norma não se restringe à lei. Como bem refere Humberto Ávila, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.[4]

Assim, em resumidas contas, é possível afirmar a existência de variadas fontes de Direito penal, sendo que a principal delas é a lei. No que tange à possibilidade de criar delitos, ou seja, de criar, através dos tipos penais, um espaço no qual o Estado está autorizado a interferir na vida do indivíduo para controlá-la, impondo pena, a fonte somente pode ser a lei (em sentido estrito).

Ao contrário, no que refere a outra classe de normas penais, como, por exemplo, normas permissivas (que autorizam, em casos excepcionais, a prática de ilícitos), outras fontes podem originar normas penais. Os costumes, por exemplo, podem tanto consistir em normas justificantes, com a figura das causas supralegais de exclusão do injusto, como no caso da descaracterização da lesão corporal grave consentida, como no caso de *branding, scaring*, bem como colocação de certos *piercings* e a confecção de certas tatuagens.[5]

A analogia também pode ser utilizada, como instrumento interpretativo capaz de gerar normas, exatamente nos pontos em que existe um vácuo do direito escrito. Como forma de interpretação que é, a analogia exerce um papel complementar. Serve de exemplo, no Direito penal brasileiro, o emprego do perdão judicial para os casos de crimes de trânsito.[6] A analogia só é admitida, em Direito penal, *in bonam partem*, ou seja, em favor do réu. Contra o réu, a taxatividade se impõe.

Na mesma linha da analogia, mas não apenas restritas ao seu emprego, as decisões judiciais, sem dúvida, criam *norma* na medida em que são aplicadas aos casos concretos, posto que só aí ganha vida o Direito. Os julgados são também fontes de Direito penal.[7] Em especial os das Cortes Superiores, posto que, conquanto não

sejam vinculantes, em geral condicionam, na prática, as decisões dos magistrados de graus inferiores.[8]

1.1 Classificações das fontes do Direito penal

É frequente entre os penalistas que aceitam a existência de mais de uma origem para as normas penais classificar as fontes do Direito penal como: *fontes materiais, de produção* ou *substanciais*, em oposição às fontes *formais, de conhecimento* ou *de manifestação.*[9] Entende--se por fontes materiais a vontade de onde emanam as normas, ou seja, da própria sociedade com seus conflitos de interesses. Nas palavras de René Dotti,[10] "elas refletem as tendências sociais, políticas, econômicas e culturais que devem presidir a elaboração da lei como síntese da vontade coletiva". Em um Estado social e democrático de Direito, o Estado representa essa voz através do poder legislativo, sendo ele o único ente que assume a tarefa de produção da norma penal.[11]

As fontes formais são os meios pelos quais a norma jurídica se apresenta, ou seja, a "forma que o direito assume na comunidade estatal".[12]

As *fontes formais* ou *de manifestação* são classificadas como *fontes diretas e imediatas* aquelas que consistam em manifestação direta da vontade estatal, vinculando seus destinatários, por força de um conteúdo próprio de preceito ou proibição; e as *fontes indiretas* ou mediatas, já que por si mesmas não têm força vinculante, necessitando expressar-se mediante o recurso complementar da fonte direta.[13]

A única fonte de *manifestação* ou *formal* direta e imediata é a *lei penal* em sentido estrito. A lei federal concretamente, que passa pelo processo legislativo. Somente dela emanam comandos diretos de determinação em matéria criminal. Essa exclusividade se dá em atenção ao princípio de legalidade.[14]

São chamadas de *fontes indiretas* aquelas que, embora não constituam propriamente uma fonte formal no sentido de gerar determinação direta, como as leis, podem contribuir para os processos de integração e interpretação destas.[15] Podem ser fontes indiretas outras manifestações legislativas, tais como a medida provisória, a lei

delegada, o decreto legislativo, a resolução e, ainda, os *costumes*, os Tratados Internacionais, os princípios gerais de direito, as decisões judiciais e o poder negocial entre os cidadãos[16] (consentimento).

Com efeito, cumprindo função de integração, por vezes as normas penais em branco incriminadoras são completadas por outras espécies legislativas diferentes da lei federal, como por exemplo, os conceitos de arma de uso permitido e arma de uso proibido; a teor dos arts. 12, 14 e 16, do chamado Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003), estão previstos no Decreto n° 5.123, de 1° de julho de 2004.

Os costumes cumprem por vezes funções descriminalizantes,[17] como práticas sociais reiteradas que afastam a relevância social – e logo, jurídica – de algumas atividades, como, por exemplo, a casa de prostituição ou o "jogo do bicho",[18] e outras vezes, interpretativas, quando moldam a dimensão interpretativa que deve ser dada a determinados elementos normativos do tipo, como *ato obsceno*,[19] ou *repouso noturno*,[20] por exemplo.

Os Tratados Internacionais, de regra, são compostos por normas programáticas que somente guardam efetividade quando complementadas por expressões legislativas correspondentes[21] e, nesse sentido, equivalem aos princípios, que mesmo possuindo maior transcendência que as regras contidas na lei, representam normas jurídicas de aplicabilidade indireta em sentido complementar, limitador e interpretativo.

A jurisprudência é também fonte indireta de norma penal,[22] já que a exigência de os julgamentos sejam sempre fundamentados em lei faz com que remanesça a estas um efeito meramente interpretativo.

2 A NORMA JURÍDICO-PENAL

O homem é um ser gregário. A vida em sociedade determina uma *interação* entre as pessoas que nem sempre se desenvolve harmonicamente. É sabido que os interesses individuais podem convergir para um interesse comum, como também podem divergir entre si, gerando o confronto entre as pessoas. A própria sobrevivência da estrutura social e, com ela, a do próprio homem, depende da

existência de uma ordem mínima. A convivência em sociedade determina uma *interação* entre as pessoas que se desenvolve através de uma constante comunicação pessoal estruturada através de *expectativas*. Um espera do outro um determinado comportamento de acordo com suas pretensões. Mas os interesses pessoais não são absolutamente coincidentes, tendem claramente a contrapor-se. Por isso, o estabelecimento de regras é necessário para determinar e regular o limite das expectativas mútuas, compondo uma rede de padrões que regulam tais expectativas. Toda vida de relação é gerida por padrões de comportamento que podem ser considerados aceitáveis por todos, que são, portanto, normais. Assim, aos padrões estabelecidos como base da estrutura social se denomina *normas*.[23]

O estudo das normas jurídico-penais passa, em primeiro lugar, pela delimitação do próprio conceito de norma, que há de ser feita mediante sua diferenciação para com outros conceitos jurídicos a ela relacionados. Assim, é necessário promover as distinções devidas entre normas, regras, princípios, postulados e leis. Em seguida, no processo de estudo da norma, incumbe analisar o seu conteúdo, sua essência, fundamento determinante, bem como a sua forma, sua estrutura. Toda essa análise, conquanto tenha por objeto a norma em sentido amplo, há de estar focada e atenta às peculiaridades da norma penal, especialmente aquela de cunho incriminador.

2.1 Diferenciação entre norma e lei e seus efeitos na teoria do delito

Binding foi quem mais desenvolveu a chamada "teoria da norma", estabelecendo a importante distinção entre "lei" e "norma".[24] Interessante notar que já de entrada Binding toma como campo de provas de sua tese o Direito penal, pois sua proposta de diferenciação dirige-se concretamente para demarcar as diferenças entre "lei penal" (*Strafgesetz*) e "norma" (*Norm*). Segundo Binding, a norma é um "imperativo primário" que não é vinculado ao Direito penal, mas que lhe precede, enquanto que a lei penal tão somente expressa as consequências da violação normativa, pelo que a prática delitiva consistiria tão só em uma violação da norma e não da lei penal. Inclusive, quem pratica um delito não atua em desconformidade, mas sim em perfeito acordo com a disposição legal. "O delinquente – afirma – não 'viola' a lei mas sim

'realiza o tipo legal'".[25] Assim o imperativo provém da norma e não da lei.

A lei penal, segundo Binding, contém uma mera proposição autorizadora da imposição da sanção. A norma, para ele, não provém da lei, mas sim de "quatro 'fontes': o desenvolvimento mediato da 'lei' penal mesma, as necessidades da legislação, as normas do Direito escrito e considerações sobre a história do Direito".[26]

Porém, apesar de que o tipo, por si só, não é a norma, nada impede de extrair o conteúdo da norma a partir do enunciado típico mediante um *procedimento de abstração*. Se o enunciado típico descreve uma conduta contrária à norma se pode inferir, a partir do mesmo enunciado típico, qual é a norma contida no tipo. Por exemplo: se o enunciado típico estabelece "matar alguém...", mediante um procedimento de abstração concluímos que a norma contida no tipo estabelece a necessidade de respeitar a vida alheia.[27]

Inclusive, com esse mesmo procedimento de abstração podemos chegar, não em todos, mas em alguns casos, a determinar qual é o *conteúdo substancial da norma*: o bem jurídico. Assim, no exemplo anterior, o bem jurídico que contém a norma é "a vida", que deve ser respeitada. Norma e bem jurídico delimitam o que é proibido pela norma e se expressam mediante a lei, mas não pertencem a ela.

O desenvolvimento da teoria da norma de Binding, especialmente a diferenciação dos conceitos de norma e lei, produziu um sensível desenvolvimento no âmbito da teoria do delito.

Em atenção a essa postura, alguns autores sustentaram uma *estrutura tripartida*[28] das normas penais, constituídas por uma regra superior, que seria a norma em sentido estrito; uma *conduta que contraria a regra superior*, expressa através do enunciado típico; e *a sanção*, que é a consequência que devem sofrer os que realizam uma conduta típica. Esta última, precisamente, outorga a característica coercitiva e, em concreto, o caráter jurídico-penal à norma.

Abriu-se espaço, a partir daí, para uma dogmática jurídica que iria muito além da teoria da pena, principalmente no que se refere à questão da separação entre *tipo e antijuridicidade*. A correspondência de um fato à descrição da lei poderia não

corresponder necessariamente à infração da norma; por exemplo, o atuar sob um estado de necessidade justificante é aparentemente um fato típico, mas não é contrário à norma, já que esta não proíbe atuar quando surgem determinadas circunstâncias excepcionais que rodeiam o fato.[29]

A *teoria da norma* de Binding também produziu interessantes efeitos no âmbito da culpabilidade, na medida em que permitiu separar entre a relevância do desconhecimento da norma em contraposição à ausência de significação jurídica do desconhecimento da lei.[30]

As críticas dirigidas à teoria de Binding são direcionadas especialmente ao foco da afirmação de que a existência da norma precede o Direito penal e não deriva dele; mas não apontam diretamente à separação entre norma e lei como coisas diferentes.

2.2 Conteúdo e estrutura da norma penal

Os estudos da norma e de seus reflexos na seara penal estão focados nas discussões a respeito de seu conteúdo e sua estrutura.

Do ponto de vista do conteúdo, importa saber que papel é atribuído ou deve ser atribuído à norma penal. Do ponto de vista da estrutura, é preciso conhecer como ela se expressa para cumprir esse papel.

2.2.1 Conteúdo da norma

A partir da evidente conexão entre o estudo de Binding sobre a norma e suas consequências penais estabeleceu-se uma conexão tão indissolúvel entre as duas coisas que muitos autores passaram a fazer uma curiosa inversão no tratamento do tema, apresentando argumentos jurídico-penais para justificar o fundamento geral da norma e não o contrário. Ou seja, deixou-se de debater o conteúdo da norma pensado genericamente, mas sim a partir de suas consequências penais, instaurando-se, como é de praxe em casos que tais, mais uma *aporia*, procurando estabelecer o conteúdo e fundamento da norma: se a norma é produto de uma valoração ou se é expressão de um comando de determinação.

A discussão não apenas não leva a lugar algum, porquanto parte de duas

posições que não são mutuamente excludentes, como também conduz ao afastamento do cerne da discussão, que é justamente a pretensão da norma. A essência da norma não deve ser discutida com os olhos voltados para trás, ou seja, para o que foi sua origem ou o que motivou seu ensejo, mas sim com os olhos voltados para frente, especificamente para a pergunta sobre o que se pretende com a sua edição. A norma não deve ser a partir de sua construção, mas sim a partir de sua pretensão.

2.2.1.1 Breves referências sobre a clássica discussão sobre o fundamento da norma

A discussão a respeito do conteúdo da norma, especificamente se esta representa um conteúdo valorativo ou imperativo, é clássica no Direito. Entretanto, em termos penais, ela assume tintas muito particulares. É que a teoria da norma desenvolvida por Binding levou a tal volume de consequências na esfera dogmática que a discussão sobre o conteúdo da norma termina necessariamente afetando a forma de estruturação da dogmática jurídica. Como exemplo da importância que o tema tomou entre os penalistas, basta citar as palavras de Maurach[31] ao afirmar que "*desde o ponto de vista dogmático jurídico-penal* resulta imprescindível um sistema normativo. Basta dizer aqui que nem a teoria da antijuridicidade nem a da culpabilidade, podem achar uma solução satisfatória sem acudir à norma. [...] Ademais, tão somente com ajuda da norma cabe separar o erro de tipo do de proibição". Em função disso, por vezes, os argumentos e demonstrações relativas ao conteúdo da norma penal se entremesclam com argumentos puramente dogmáticos, situados, de regra, no campo da antijuridicidade, na discussão de seu conceito ou de seus limites para com a culpabilidade.[32] A partir de tais argumentos se utilizam incongruências e congruências dogmáticas para demonstrar a adequação ou inaptidão deste ou daquele fundamento para as normas em geral. Isso evidencia que a pretensão não é a de afirmação do conteúdo da norma propriamente, mas sim de afirmação de uma tese de reforço para determinados pontos de vista dogmáticos pré-assumidos.[33]

Assim, apenas como uma panorâmica, convém apontar para o modo como os penalistas trataram a questão do fundamento da norma.

A discussão básica e clássica que se instaurou foi entre duas perspectivas: a

compreensão das normas como expressões de valores socialmente relevantes e a concepção da norma como diretiva de condutas. Fala-se, pois, em norma de valoração e norma de determinação.

a) A dogmática penal e a norma como valoração

A chamada concepção *valorativa* da norma deriva principalmente da orientação teórica advinda do *neokantismo*,[34] quando se passou a entender o Direito penal primordialmente como um instrumento de proteção de bens jurídicos. Decorreu daí a necessidade de ajustar a concepção normativa a uma dimensão muito mais objetiva do que subjetiva.[35]

Merecem destaque, entre as concepções valorativistas, as propostas de Nagler e Goldschmidt.[36]

Para Nagler,[37] a função primária do Estado é ordenar as relações sociais de modo a permitir a convivência humana em sociedade. Para tanto, ele se vale do Direito, que é a forma de regulamentação externa dessa ordem comunitária. A identificação do injusto é determinada, então, pelo menosprezo às condições mínimas fixadas pelo direito para a regulamentação externa da vida das pessoas em comunidade.

Goldschmidt,[38] por sua vez, propõe que o injusto típico provém de valorações abstratas do Direito, de manifestações objetivas externas que podem ser reconhecidas, nas quais qualquer pessoa pode reconhecer a realização de um ilícito, compondo assim a correspondência entre a situação de fato e a norma abstrata. Por outro lado, Goldschmidt também admitia, conjuntamente a essa norma, externa, uma segunda norma, que correspondia à exigência de uma conduta interna, sob a forma de um imperativo,[39] o que leva alguns autores[40] a defenderem a ideia de que a origem das concepções mistas da norma se acha na proposição de Goldschmidt.

A norma penal entendida como *norma de valoração* expressa um juízo social a respeito de um *valor*, sem considerar nenhum imperativo dirigido aos seus destinatários. Sustenta-se que as normas são “normas objetivas de valoração”.[41]

Evidentemente, a norma sendo entendida como uma expressão objetiva do que é

caro à sociedade traduz em primeiro lugar a identidade para com a ideia de bem jurídico. Ou seja, entendendo a norma como valoração, admite-se que ela é a expressão de necessidade de proteção de algo que é previamente reconhecido como valioso e, portanto, seu conteúdo reprova o vilipêndio dirigido a tal bem jurídico.

A antijuridicidade, a contrariedade ao direito, segundo essa concepção, estaria constituída pela infração das normas jurídicas,[42] o que põe em destaque sua natureza objetiva.

Uma das fortes críticas dos defensores do conteúdo valorativo da norma é que se inserido o conteúdo de determinação já na própria norma e, por conseguinte, dotada esta de uma dimensão subjetiva, aquele que é inimputável já, de entrada, não cometeria injusto, pois seria impossível a ele ser determinado pela norma. Como consequência, restaria diluída a fronteira entre antijuridicidade e culpabilidade.[43] Desse modo, diz-se que com uma postura imperativista, não haveria a figura do injusto não culpável (*schuldloses Unrecht*), já que as circunstâncias que excluem a reprovação do sujeito o fazem porque ele não pode motivar-se pela norma cujo conteúdo seria exatamente a possibilidade de exercício do comando.[44]

Em tendo conteúdo estritamente objetivo-axiológico, a norma pode ser lesionada por qualquer pessoa, sejam estes imputáveis ou inimputáveis, dado que a antijuridicidade tem um juízo de valoração objetivo. Por exemplo, um menor de idade também pode lesionar a norma. Só um juízo de valoração subjetiva, dirigido ao sujeito, determinará sua irresponsabilidade e, por conseguinte, seu não merecimento de pena. Mas essa valoração subjetiva (culpabilidade) é posterior ao juízo de valoração objetiva da antijuridicidade e não deve confundir-se com ela.

Assim, o que pregam as concepções valorativas da norma não é a inexistência de seu caráter de determinação, mas sim que a relevância desse caráter só apareceria a *posteriori* como o juízo de reprovação ao autor existente na culpabilidade, como mera derivação da antijuridicidade.[45]

b) A dogmática penal e a norma como imperativo

A concepção imperativa parte de que as normas são produtos de uma vontade

coletiva, expressa pelo legislador, exigindo dos cidadãos um comportamento ajustado a padrões derivados do dever jurídico que elas traduzem.[46]

Foi formulada inicialmente por Bierling[47] e Thon,[48] ainda que alguns autores[49] entendam que já em trabalhos anteriores de Merkel[50] existiam vestígios dessa concepção.

Para Thon,[51] o Direito representa a vontade geral da comunidade e, assim, sua pretensão é impulsionar a vontade individual no sentido do seu ajuste para com a vontade geral. Desse modo, toda proposição jurídica contém um dever, ainda que ele somente possa ser percebido de modo mediato. Bierling,[52] por sua vez, pensa que as normas são imperativos que orientam o dever ser, no sentido de um querer que se espera seja cumprido por todos.

A partir dessas concepções, a teoria se disseminou fartamente na doutrina, em especial, na Alemanha.[53] Para tal teoria, o direito não é mais que um conjunto de *imperativos* ou *diretivas* que expressa ordens ou proibições, a fim de determinar a conduta de seus destinatários.[54] Por exemplo, a formulação dos preceitos nos delitos de homicídio, lesões, roubo ou delito de omissão de socorro estabelecem implicitamente os imperativos não matar, não lesionar, não roubar ou socorrer ao próximo quando este se encontre em grave perigo. As normas reclamam um determinado comportamento dos cidadãos. Só daí derivaria, de modo secundário, a dimensão valorativa contida nas normas.

Para os partidários da norma como determinação, a atitude criminosa revela uma vontade subjetiva de não obediência ao comando, razão pela qual a resolução de vontade passa a ser entendida como o núcleo da antijuridicidade.

Sendo certa a existência de um *imperativismo histórico* das concepções de Thon e Bierling, é também forçoso reconhecer que foi com o advento do finalismo e da guinada em favor de um acentuado desvalor de ação determinado pelas correntes que defendiam a concepção pessoal de injusto que ganhou força a ideia de norma como determinação. Assim, obviamente são argumentos dogmáticos os que são expendidos em favor da norma como determinação e criticamente em face da norma como valoração.

A primeira crítica delas deriva do reconhecimento de que, por vezes, os tipos delitivos incorporam elementos subjetivos em sua estrutura, cuja ausência afeta o próprio injusto e não a culpabilidade. Por exemplo, no furto, o ânimo de assenhoramento definitivo é fulcral para a determinação do crime. Daí a impunidade do furto de uso. Ademais, é possível que a ausência ou a troca do elemento subjetivo do injusto acarrete não a atipicidade, mas outro delito. Por exemplo, a autoridade ou funcionário público que lesiona o detido, não para obter uma confissão ou informação, mas por ódio pessoal, não comete delito de tortura, mas sim lesões corporais.

O injusto, em todos esses casos, não depende exclusivamente de um juízo de natureza objetiva, mas há um papel decisivo assumido pelas valorações subjetivas contidas nas próprias normas, já que se a norma é uma pretensão de obediência, o ato de desobediência à norma que protege bens jurídicos compõe a essência da antijuridicidade.[55] Daí que o injusto dependa da direção da vontade do autor orientada à lesão ou colocação em perigo dos bens jurídicos.[56]

Há quem[57] identifique a "teoria da motivação" no campo da culpabilidade como uma derivação dogmática da concepção imperativa da norma. A tese de que a culpabilidade deriva da presença de uma capacidade de motivação do agente pela norma que, no entanto, é por este descumprida seria uma evidência de que o conteúdo da norma não é outro que a pretensão de direcionamento dos comportamentos dos seus destinatários.

Para Gimbernat,[58] a teoria da motivação não só explica o conteúdo da norma, mas tem outras vantagens, principalmente um critério para explicar por que o inimputável pode atuar antijuridicamente e a facilitação da distinção entre causa de justificação e de exclusão da culpabilidade. Isso porque, se a norma é norma de determinação, o inimputável pode não violar a norma, posto que por ela não pode ser motivado. Isso não impede, porém, que ele atue antijuridicamente. A antijuridicidade objetiva não guardaria, portanto, o conteúdo da norma. Com isso, restariam perfeitamente delineadas antijuridicidade como algo objetivo e culpabilidade como um juízo subjetivo associado à motivação.

Do ponto de vista criminal, os defensores da norma como determinação[59] apontam que somente essa perspectiva orienta o sistema de imputação a uma função preventiva da pena, já que se volta para o futuro. Em contrapartida, o modelo de norma de valoração seria voltado para o passado, em uma ideia de retribuição.

São muitas as críticas lançadas à concepção imperativa da norma. Em primeiro lugar, já levantada por Mezger,[60] há uma questão lógica, posto que, para se determinar algo, é necessário saber o que se quer determinar, ou seja, o conteúdo prévio da determinação é uma valoração.

Ademais, ao entender o Direito como um conjunto de ordens, se propõe que as normas são *aplicáveis a todos* os indivíduos. Para isso, resulta imprescindível que todos os destinatários do imperativo *conheçam o conteúdo* das normas penais, já que o injusto se determina pela violação do imperativo. Na prática sucede que não se pode exigir a um incapaz ou um menor de idade que possa conhecer ou seguir o imperativo; em consequência, os atos desses sujeitos não poderiam ser considerados contrários à norma. Ou seja, nas palavras de Mezger, a concepção da norma como determinação levaria à necessária conclusão de que o inimputável não comete injusto algum.[61] Em consequência, por exemplo, não caberia legítima defesa contra a agressão de um inimputável.[62]

Critica-se, ainda, a ideia de que o conteúdo da norma é somente de determinação, porque, a partir dessa orientação, resta a questão *bem jurídico* perde muito de sua relevância.[63] O conteúdo substancial da norma, o bem jurídico, fica menosprezado, pois o interesse da norma é primordialmente orientado para aquilo que Welzel referia como sendo "assegurar a real vigência (observância) dos valores da consciência jurídica".[64]

Em resumo, considerar a essência do injusto como infração ao imperativo leva muito mais a considerar o delito como uma *infração ao dever* do que uma lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos.[65]

c) As concepções mistas sobre a norma

Sendo o bem jurídico o conteúdo substancial da norma, a essência do injusto

constitui a lesão ou colocação em perigo dos mesmos, mas não é suficiente uma agressão objetiva, é necessário que a vontade do sujeito se oriente a criar um perigo para o bem jurídico com a suficiente capacidade para lesioná-lo ou destruí-lo. Assim, não é cabível a exclusão de nenhuma das dimensões da norma. Tanto é verdade que essa discussão culminou por assentar a aceitação de uma posição majoritariamente eclética a respeito de se a norma é norma de valoração ou comando de determinação.

A doutrina caminhou para a adoção de uma postura intermediária que teve a sua primeira fórmula reconhecidamente acabada no trabalho de Mezger.[66]

Hoje, o entendimento francamente majoritário, mesmo entre aqueles que assumem uma ou outra posição, é fazer concessões à perspectiva adversa, migrando para um centro de admissibilidade das duas perspectivas.

Isso porque é forçoso reconhecer que o conteúdo substancial das normas penais são os bens jurídicos. É a partir deles que incumbe realizar todas as valorações jurídicas que estão em torno de um ato dirigido a vulnerá-los. Em princípio, toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, como objeto substancial da norma, é antinormativa em virtude de um juízo objetivo de valoração. Porém, o injusto não depende exclusivamente de um juízo de natureza objetiva, mas importa também as valorações subjetivas para sua determinação. Por isso, a *direção da vontade* do autor orientada a pôr em perigo os bens jurídicos cumpre um papel decisivo ainda que no âmbito da reprovação do fato.

O reconhecimento da presença de elementos subjetivos no campo do injusto torna necessária uma valoração subjetiva das condutas que se opõem às normas.

Assim, por exemplo, a criação de uma norma incriminadora do *furto* não se configura somente porque o bem jurídico patrimônio é algo digno de proteção penal, valorado positivamente, portanto há de existir uma expressão normativa que valore negativamente o ato de tomar posse de uma coisa móvel alheia, sem autorização do dono (valoração objetiva). Também se pretende coibir que as pessoas manifestem o ânimo de apossamento definitivo da coisa alheia (valoração subjetiva – elemento subjetivo do injusto). Do exemplo, é possível verificar que a afirmação da contrariedade à norma não deriva de uma mera valoração negativa do que é realizado,

mas também de uma desvaloração da pretensão expressa no comportamento ali descrito.

De tudo isso, conclui-se – na palavra de Quintero Olivares –[67] que, embora seja certo que "a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico" deve ser identificada como "objeto substancial da norma", também é inafastável que "o injusto não pode ser decidido com vistas apenas a este mero juízo objetivo", sendo imprescindível analisar o "juízo subjetivo na determinação daquele que se opõe à norma".

Assim, de um ponto de vista do seu conteúdo, a norma penal é composta ao mesmo tempo de uma *regra de determinação* e de um *juízo de valor objetivo*. Na medida em que os tipos inclinem sua orientação a um mais que ao outro, altera-se, também, proporcionalmente, a prevalência do *desvalor da ação* ou do *desvalor do resultado* como característica dos crimes. Por exemplo, no homicídio é indistinto o elemento preponderante; porém, nos delitos de perigo abstrato o elemento preponderante é o desvalor da ação. O desvalor da ação como preponderante evidencia sempre o perfil da norma como sendo prevalentemente uma norma de determinação, por seu cunho subjetivo; por outro lado, o desvalor do resultado se associa primordialmente à norma como valoração, dada sua dimensão objetiva.

2.2.1.2 O *sentido* da norma

Como visto, as discussões sobre o fundamento da norma prenderam-se a uma perspectiva aporética, porque todos os delitos equilibram-se entre um concomitante desvalor de ação e desvalor de resultado, que obriga à inclusão das perspectivas de valoração e determinação simultaneamente.[68] Ademais, essa discussão afasta as pessoas da verdadeira pergunta a respeito da norma. A questão fundamental sobre a norma não é o juízo que lhe precede, mas sim sua funcionalidade.[69] O determinante para o fundamento da norma não é se ela foi criada como produto de um entendimento a respeito de um determinado desvalor ou com a função de controlar ou determinar o comportamento de pessoas. O que efetivamente importa saber a respeito da norma é em que ela baseia sua pretensão de validade, o que só se pode descobrir estudando "o modo como efetivamente as concebem".[70]

Ou seja, a lei penal é um instrumento em que as normas penais se expressam. Por trás das discussões sobre se a norma encerra um juízo de valoração objetivo ou uma regra de determinação subjetiva ou, ainda, um conteúdo misto, é possível chegar a um terreno um pouco menos observável, que é o da *"pretensão que as normas penais perseguem"*, e esta sim é a discussão essencial a respeito da norma em um contexto atual.[71]

Nesse sentido, é Vives Antón quem propõe a elaboração de uma nova construção da teoria da norma, reconhecendo sua dupla essência, mas já não entre valoração e determinação, mas sim enquanto decisão de poder e determinação da razão.[72]

Ou seja, certamente, as normas contêm uma pretensão de determinação que é uma expressão do poder, no sentido de conduzir a comportamentos pré-estabelecidos. Porém, o reconhecimento dessa condição não implica dizer que a norma se resume a isso, ou seja, que ela é apenas uma determinação do poder, "meras ordens respaldadas, sem mais, por uma sanção".[73] Na verdade, as normas também obedecem a uma racionalidade prática, a uma razão que orienta os imperativos.

A pretensão de conduzir condutas, certamente inerente à norma, vai sempre acompanhada de uma pretensão de validade. Isso porque a norma também corresponde a uma certa gramática com vistas a obter sua perspectiva impositiva. Não é possível pretender que um comando normativo se imponha sem que haja, conjuntamente, uma pretensão de que a norma seja válida para a hipótese que se apresenta.

Essa pretensão de validade da norma não tem nenhuma relação com uma pretensão de *verdade científica*. É aqui que a teoria de Vives, de algum modo, descola da organização teórica que, durante muito tempo, norteou as construções da teoria do delito. A organização conceitual e normativa usualmente guarda a pretensão de afirmar-se sobre a base da verdade. Ou seja, a aplicabilidade do comando normativo esteve desde sempre afirmada sobre uma racionalidade *pseudo-científica* que levava à conclusão de que sua aplicação se justificava com base na verdade empírica de suas afirmações.[74]

Essa postura é altamente criticável, conforme bem lembra a lição de Antonio Manuel Hespanha, sobre o direito em geral, e não apenas o direito penal:

> "[...] o direito não foi feito para elaborar uma teoria, mas foi feito para resolver questões da vida prática. A teoria do Direito só se justifica se ela ajudar a resolver problemas práticos. Nós temos que adotar sempre uma perspectiva de baixo para cima. Nós partimos de casos concretos e, a partir daí, sempre precisamos de uma teoria, e precisamos construí-la a partir daí. E teoria no Direito basicamente serve para quê? Para não cometer injustiças, é tratar casos iguais de maneira igual e casos diferentes de maneira diferente. Não há nenhum caso igual ao outro, mas há procedimentos que nos parecem que exigem situações semelhantes. E uma das coisas para qual a teoria serve, justamente para construir conceitos gerais que englobem os casos particulares, e que permitam comparar 'este é igual àquele, ou diferente'. Para isso é que a teoria serve".[75]

Por isso, ao contrário das propostas tradicionais, entende Vives que a norma pretende ser válida para o caso concreto a partir de uma pretensão de justiça que não pode ser alcançada, senão com base em um processo de argumentação racional.[76] A norma, portanto, não se esgota em um mero comando, mas sim, na expressão de um comando que pretende ser correto desde um ponto de vista do que é mais justo.[77]

Essa concepção implica a superação de uma racionalidade teórica por uma racionalidade prática, de compreensão ao invés de explicação, de contextualização e não de mera descrição. Na concepção de Vives, a norma penal, em geral, "é uma *regra de conduta*, que pode ser expressa linguisticamente".[78]

Vives refere que "uma dogmática jurídica expressa nosso modo de compreender e *valorar a* sociedade".[79] Por isso, as dogmáticas devem ser interpretadas como gramáticas, como formas de expressão, dotadas de "pretensões de *validade*", mas a tais "pretensões de *validade*" não correspondem necessariamente "pretensões de *verdade*". Ou seja, a norma jurídica pretende ser válida e não verdadeira. O resultado prático da aplicação da norma jurídica é a produção de *justiça* e não de *verdade*.[80] E

nisso coincide com as modernas tendências do Direito penal, no sentido da conjugação de tópica e silogismo, sob a égide da relação entre fato e norma.[81] Assim, a norma termina funcionando como veículo do processo de comunicação que se estabelece entre a sociedade e o cidadão sob a forma de exigências mútuas baseadas em valores compartilhados.

Percebe-se que a norma legislada é uma expressão da autocompreensão e da autovaloração de uma sociedade. Será, pois, tanto mais razoável ou vinculativa quando melhor expressa o caráter dessa mesma sociedade.

É muito importante perceber que a escolha que se faz a respeito da norma implica em um reconhecimento de seu entorno e em emprestar validade às suas fontes e objetivos primários. O fato de situar-se por detrás da norma aponta novas luzes a respeito do conteúdo desta, fazendo com que se possa avaliar o delicado equilíbrio entre os conteúdos imperativo e de valoração que ela reflete.

Desse modo, é possível dizer que a norma se expressa em uma pretensão de validade e legitimidade. A norma pretende ser válida e legítima. Só se obtém essa condição afirmada a justiça para a hipótese concreta. Essa afirmação da pretensão de justiça se realiza através de uma justificação procedimental argumentativa. Eis a razão da própria existência da dogmática. O conjunto de conceitos da parte geral nada mais é do que a estrutura argumentativa de afirmações parciais de pretensões de validade normativas. Isso leva à inexorável conclusão de que a estrutura dogmática é nada mais do que uma forma de argumentar racionalmente ao redor de tópicos que pretendem afirmar a racionalidade normativa e permitir o ajuizamento dos valores que a norma jurídica reflete.[82]

2.2.2 Estrutura da norma

A norma também deve ser estudada a partir de sua forma, de sua estrutura, da maneira como se apresenta.

2.2.2.1 A estrutura das normas em geral, das normas penais e especificamente das normas incriminadoras

Evidentemente, o âmbito de inter-relação social é amplo e contém distintos campos em que incumbe alguma atuação da norma. Norma, em geral, é todo regramento que "*orienta*" e "*disciplina*"[83] as condutas humanas em qualquer âmbito de relação. Por conseguinte, a estrutura de qualquer norma é igual na medida em que seu objetivo geral é regular (no sentido de dar padrão) os processos comunicativos sociais. Por outro lado, a mesma variação dos campos de regulamentação normativa obriga a que a norma, idêntica em sua forma, se estabeleça com diferentes conteúdos. As normas penais, por exemplo, na medida em que regulam as interações que refletem os comportamentos mais ofensivos à estrutura social (os crimes), trazem com elas as penas, que são os conteúdos sancionadores mais agressivos que se expressam normativamente.

Pode-se dizer, então, que a norma penal é *estruturalmente semelhante* a qualquer outra norma e *diferen*te a todas as demais no que se refere ao seu *conteúdo*.

a) A estrutura geral de *preceito* e *sanção* (norma primária e norma secundária) e as normas *incompletas*

Ao tratar-se da estrutura da norma é comum a referência a que ela seria composta pelo *preceito* ou *hipótese fática* e a *consequência jurídica*,[84] cuja terminologia mais adequada, segundo García-Pablos de Molina,[85] seria a de *preceito* e *sanção*. Esses dois elementos comporiam uma base estrutural comum a todas as normas.

No *preceito* a norma descreve a conduta que é regulada. A *sanção* refere-se à pena ou medida de segurança que se aplica ante o descumprimento do respeito à conduta proibida. Para isso, uma vez que a consequência jurídica é a mais grave que pode o Estado aplicar, aparece a necessidade de restringi-la ao máximo, estabelecendo limites formais. Assim se recorre a uma imersão jurídica, já que a lei é o único veículo mediante o qual a norma penal tem força vinculante, em atenção ao princípio de legalidade. Daí que toda norma penal é necessariamente norma jurídica.[86]

O que é comum entre todas as espécies de normas penais é que sua estrutura

comunica aos cidadãos a *voluntas legis*, ou seja, a estrutura normativa se expressa através da forma *escrita, clara* e *prévia* para que seja compreensível àqueles cujas atividades pretende regular. A partir dessa regulamentação formal se espera, finalmente, que os cidadãos aos quais se dirige a norma se comportem conforme seu comando.

Alguns autores[87] apresentam uma distinção entre *estrutura legal* e *estrutura lógica* da norma. A estrutura legal é o componente formal da norma e a estrutura lógica, por seu turno, refere-se à compreensível descrição do preceito. Daí que da mesma estrutura legal se pode extrair, mediante um procedimento de abstração, qual é a norma que contém o enunciado típico.

Com acerto, refere Mir Puig que "um enunciado legal pode servir de base a mais de uma norma jurídica".[88] Inclusive, é o que costuma ocorrer com as disposições contidas na parte especial dos Códigos Penais e Leis Especiais.[89] As normas jurídico-penais incriminadoras têm uma estrutura bipolar. Nelas se estabelece a descrição de uma conduta típica à qual segue uma sanção. Sempre apresentam seu enunciado entrelaçando dois comandos normativos simultâneos, ou seja, o mesmo veículo legal traz em seu bojo mais de uma norma. Estabelecem-se aí, imediatamente, duas classes de normas. A primeira, dirigida ao cidadão, para que não realize a conduta proibida, sob forma imperativa (Não matarás! Não roubarás!), a qual é denominada "norma primária". A segunda, dirigida ao juiz, expressa uma conjunção entre a descrição do fato e a consequência jurídica, obrigando-lhe a impor a pena respectiva, uma vez que identifique a presença do fato típico. A esta se denomina "norma secundária".[90]

O próprio Rocco já distinguia entre "*comando giuridico principale*" e "*comando giuridico secondario*", com o mesmo sentido.[91]

Com efeito, as mensagens transmitidas pela norma penal são expressas sob essas duas formas, ambas contidas em uma mesma expressão normativa, já que resulta evidente que para que o legislador alcance seus objetivos não é suficiente que o cidadão seja informado da existência de uma proibição, mas também é imprescindível que, uma vez que a mensagem seja captada, porém, não atendida, existam os órgãos e mecanismos que imponham as correspondentes sanções.

O legislador não só deseja alertar o cidadão para que não cometa o ilícito, mas quer também determinar uma consequência caso o delito seja realizado.

Assim, em um mesmo conteúdo legislativo pode haver mais de uma norma: a norma que expressa uma proibição à generalidade dos homens (norma primária) e a norma que impõe uma ordem ao Juiz (norma secundária).

Ainda segundo Mir Puig,[92] o texto legal expressa tão só os termos da norma secundária. A norma primária é inferida do conteúdo, ou seja, demanda uma interpretação. De qualquer modo, a presença da norma primária é também reconhecida pela doutrina, já que, do contrário, "se só existisse a 'norma secundária', o delito não seria 'infração' alguma, posto que aquela não proíbe o fato ao cidadão, mas se dirige ao Juiz".[93]

Entretanto, é forçoso reconhecer que no âmbito penal, nem todas as normas são compostas de preceito e sanção. Os enunciados normativos da parte geral, com efeito, não se apresentam sob a forma geral do *preceito* e *sanção*. Há que se reconhecer que essa fórmula é somente dirigida à norma incriminadora. Há outras classes de normas (permissivas, justificantes, complementares) que, vistas de um ponto de vista estrutural, carecem do aspecto sancionatório, conquanto a ele se refiram. São incompletas estruturalmente, ou seja, não gozam, elas próprias, de estrutura formada em preceito-sanção, mas ainda assim, estabelecem pautas referindo-se a outras normas, as quais gozam de preceito-sanção. Assim, por exemplo, no campo penal, pode-se dizer que normas permissivas ou justificantes servem para ressalvar as hipóteses de aplicação de sanção de normas incriminadoras, normas complementares servem para esclarecer ou delimitar o âmbito de intervenção das normas incriminadoras. Enfim, há um número maior de normas jurídico-penais incompletas do que de normas jurídico-penais completas. Basta para isso computar as disposições de parte geral e as normas incriminadoras em branco em contraposição às normas incriminadoras regulares.

As primeiras têm em comum o fato de que isoladamente consideradas, não conseguem editar o formato de relação entre preceito e sanção, necessitando, para esse fim, de serem completadas por outras. Assim, é possível afirmar que a lei penal

incompleta é um gênero onde figuram várias espécies de normas penais: permissivas, justificantes, complementares e a norma penal em branco.[94]

A rigor, em um breve olhar sobre a história de formação legislativa, das próprias leis e Códigos penais – veículos das normas por excelência – é fácil perceber que a construção de normas gerais, da parte geral, é posterior historicamente às normas incriminadoras da parte especial. Na verdade, são derivadas destas, advindo de nada mais do que a compreensão de que era mais adequado generalizar regras como tentativa, justificação e erro do que repeti-las seguindo cada uma das disposições incriminadoras específicas.

O desenvolvimento estruturado de uma *parte geral* das regras penais tem pouco mais do que dois séculos, enquanto que as incriminações em espécie têm origem infinitamente mais antiga.

Assim, resulta possível afirmar que as normas incompletas demandam, para a sua exata compreensão e aplicabilidade, de uma conjugação com normas penais completas.[95]

Dentro do critério preceito-sanção, também figuraria como incompleta aquela norma que descreve o preceito, mas remete a sanção a outro dispositivo, tal como ocorre com a chamada norma penal em branco. Além desta, têm-se desenvolvido várias outras técnicas peculiares de criação de tipos penais que têm em comum o fato de serem adaptáveis à fluidez e volatilidade com que a sociedade moderna chama as instâncias de controle à atuação. Reclama-se, pois, um estudo particularizado das chamadas *modernas técnicas de tipificação.*

2.2.2.2 As técnicas de tipificação próprias do Moderno Direito penal

Evidentemente, diante dos objetos sobre os quais se debruça o chamado Moderno Direito penal, em uma sociedade marcada pela volatilidade dos interesses, é bastante frequente a opção por técnicas de formulação dos tipos penais que contemplam igualmente certa vagueza. Daí a necessidade de um estudo particularizado de tais técnicas, com caráter crítico, especialmente à luz das eventuais interferências que promovam no sistema de garantias.

Para a composição de crimes relacionados a bens jurídicos difusos,[96] próprios do Moderno Direito penal, se utiliza frequentemente a técnica da lei penal em branco;[97] como, por exemplo, na proteção do meio ambiente, saúde pública, urbanismo ou regras de funcionamento financeiro ou tributário etc. Isso porque há vários âmbitos da vida social moderna que são dotados de tal volatilidade, que não é possível exercer qualquer controle, dada a fluidez com que seus elementos se modificam.[98] No entanto, muitos desses bens jurídicos são inegavelmente essenciais ao desenvolvimento humano. Assim, a posição da Administração, por sua proximidade aos problemas que são gerados com relação a esses bens jurídicos, procura determinar com maior precisão o tipo, conseguindo com isso a almejada segurança jurídica. Comenta Silva Sánchez:[99]

> "As leis penais em branco, sempre que constituam figuras subsidiárias, necessárias por razões de proteção, carentes de alternativas preferenciais, e limitadas a uma remissão de aspectos não essenciais do tipo, tampouco vulneram o princípio de legalidade nem a competência exclusiva do Estado em matéria penal, [...] nelas, com efeito, o Estado faz uso de sua competência, limitando-se a remeter as questões concretas para a instância que, por sua proximidade com o problema, está mais capacitada para valorá-lo e dar--lhe uma reposição satisfatória."

Por outro lado, é também certo que o recurso ao Direito penal deveria ser utilizado em *ultima ratio*, se é que em *prima ratio* esses mesmos bens jurídicos podem ser protegidos com maior efetividade pelo direito administrativo, direito ambiental, direito urbanístico, direito das sociedades mercantis etc. A atual "sociedade de riscos" (*Risikogesellschaft*) vem impulsionando o Direito penal a mudanças que costumeiramente são identificadas como uma indesejada expansão, refletida em vários aspectos. Entre eles a "introdução de novos tipos penais assim como uma agravação dos já existentes"[100] e a "flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia".[101] Isso transmite, de modo geral, uma ideia desformalizadora.

Hassemer e Muñoz Conde[102] advertem que o uso indiscriminado das normas penais em branco constitui clara mostra da tendência à desformalização do controle penal, o que é altamente nocivo. Esse procedimento vem acompanhado de vários outros, como o frequente abuso de elementos normativos na descrição dos tipos penais e o uso excessivo de delitos de violação de dever.

O chamado *"Moderno Direito Penal"* e suas técnicas de tipificação não se congratulam com os postulados de um Direito Penal Mínimo: os sintomas de perdas sistemáticas das garantias penais, as erosões do princípio de legalidade, a proliferação dos novos bens jurídicos, a utilização exagerada da técnica dos delitos de perigo abstrato e o *uso indiscriminado* da *norma penal em branco* evidenciam um Direito penal a pedido do consumidor.

Daí a necessidade de compreender em que consistem essas técnicas e a importância de procurar limitá-las ao máximo.

a) Normas penais em branco

A formulação inicial de leis penais em branco (*Blankettstrafgesetze*) ou normas penais em branco (*Blankettstrafnormen*) teve lugar na Alemanha, com Binding,[103] e está estreitamente relacionada com a autorização de um órgão legislativo superior para que outro inferior pudesse completar sua prolação legislativa. A expressão *norma penal em branco* era utilizada "para explicar os casos em que a lei do Império (Código Penal do *Reich*) deixava a determinação do preceito incriminador nas mãos dos Estados Federais (*Länder*) ou dos municípios".[104] O conceito primário de norma penal em branco nasce como "norma penal que remete seu complemento a uma norma de categoria legislativa inferior".

Mais adiante, Mezger[105] ampliou o conceito de norma penal em branco, ao admitir a possibilidade de que o complemento normativo ao qual remete a norma em branco estivesse contido na *própria lei* que a estabelece; em outra *legislação distinta, mas do mesmo nível* legislativo que aquela a que completa; ou em lei diferente de *nível superior ou inferior à lei penal* complementada. Para Mezger, tratava-se de modalidades de técnica legislativa sem maiores consequências. O autor

chegava a afirmar que "de um ponto de vista penal é irrelevante esta especial forma da legislação penal em branco" e, ainda, que "sua importância se limita à técnica legislativa externa".[106]

Passou-se a falar, então, de normas penais em branco *em sentido amplo* e *em sentido estrito.*

Para Mezger, seriam normas penais em branco *em sentido amplo* aquelas cujo complemento se encontra na mesma norma, ou ainda, em outra norma, mas do mesmo nível hierárquico. Por exemplo, o homicídio de trânsito, tipificado pelo art. 302 da Lei n° 9.503, de 23 de setembro de 1997, cuja compreensão do preceito incriminador só é compreensível mediante a remessa a dispositivos do Código Penal, especificamente o art. 121, § 3°. Em contrapartida, seriam normas penais em branco *em sentido estrito* aquelas cujo complemento é de nível hierárquico inferior, como, por exemplo, os preceitos incriminadores do uso e do tráfico de drogas, definidos no art. 33 e seus parágrafos, da Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006, cuja compreensão somente é obtida de modo completo através do complemento por meio de remessa ao art. 66 da mesma lei,[107] que por sua vez remete a portarias da Secretaria de vigilância sanitária do Ministério da Saúde.

A partir daí foram surgindo e se disseminando diferentes fórmulas de identificação do que sejam normas penais em branco. García-Pablos de Molina,[108] de modo bastante didático, agrupou essas tendências em três fórmulas básicas: aqueles que procuraram diferenciar através do modo como se apresentava o preceito e a sanção; aqueles que procuravam a sua identidade a partir da identificação das normas sancionadoras e complementares; e finalmente aqueles que buscaram a identidade da norma penal em branco a partir da remessa a uma instância distinta daquela identificada.

A primeira fórmula visava distinguir a norma penal em branco através da afirmação de que se tratava de uma norma que contempla apenas a sanção, sendo necessário, para a devida aferição do preceito, socorrer-se de outra.[109] O segundo intento foi de buscar a identificação da norma penal em branco através de uma distinção entre *norma sancionadora* e *norma complementadora*, onde somente

através da junção das duas perspectivas seria possível falar de uma norma *completa*. Assim, a norma penal em branco seria aquela que para identificar-se de modo completo, dependeria da conexão com uma norma complementadora.[110] Finalmente, a terceira perspectiva, quiçá a que melhor explica essa técnica, é aquela que identifica a norma penal em branco com a remissão, feita pelo dispositivo legal, a uma *instância distinta*. O discutível, aqui, é o que pode ser considerada *outra instância*, ou *instância distinta.* Nesse sentido, há quem admita que o complemento deve estar em outro lugar, podendo ser até mesmo na mesma lei;[111] há também quem exija apenas que o complemento provenha de uma instância legislativa hierarquicamente inferior à de lei penal;[112] finalmente, há quem entenda por *instância distinta* a proveniência do complemento de uma esfera legislativa de qualquer grau, desde que não seja penal.[113]

Um conceito atual de norma penal em branco que se pode assumir com tranquilidade é o oferecido por Mir Puig:

> "Fala-se de '**leis penais em branco**' para referir a certos preceitos penais principais que, excepcionalmente, não expressam completamente os elementos específicos do preceito da norma secundária, remetendo a outros preceitos ou autoridade para que completem a determinação daqueles elementos."[114]

Alguns autores[115] opinam que, no que respeita à hipótese de remissão a tópicos da mesma lei, essa situação não deve ser considerada como de norma penal em branco, já que tal fórmula estaria justificada por razões de técnica legislativa. Mas "a contemplação de uma lei penal, de um código, deve ser conjunta: um código, por sua natureza constitui uma só expressão normativa que, por isso mesmo não tolera uma consideração limitada a uma só de suas passagens. O importante é que conduta e pena estejam contidas na mesma lei".[116]

Com efeito, essa classe de remissão, dentro da mesma lei ou até em face de outra lei, de mesmo nível hierárquico (*lei federal*), não gera problemas em face do princípio de legalidade desde sua dimensão política, já que a origem do complemento do preceito ou da sanção é igualmente o poder legislativo.

Assim, somente pode haver problemas teóricos relacionados à reserva absoluta de lei, na concepção de norma penal em branco, quando esta remete à norma complementar de nível inferior. A técnica de remissão costuma ser expressada mediante a frase: “com a infração das correspondentes disposições legais e regulamentares”. Aqui, em primeiro lugar, aparecem os principais *riscos de legitimidade*[117] da lei penal ao conceder-se competência legislativa a instâncias administrativas, burlando, em princípio, a faculdade exclusiva de que goza o legislador para produzir normas penais.[118]

Entretanto, o problema não se centra exclusivamente no fato de que a norma de remissão seja uma de nível inferior, mas também, pelos problemas dogmáticos que são gerados pelo fato de integrar-se à estrutura da norma penal em branco. A definição do delito com esse complemento resulta *instável*, perdendo certeza, e ferindo as garantias mínimas que deve conter toda norma penal para sua legitimidade.[119]

É necessário destacar os efeitos gerados pelo fato de ter que recorrer ao estabelecimento do conteúdo descritivo do tipo por outra instância não legislativa.

Em primeiro lugar, por remeter a uma instância extrapenal, a norma penal em branco exige da operação hermenêutica, por vezes, a operação com conceitos e conteúdos de difícil compreensão.[120]

A definição dos delitos e das penas só deve ser estabelecida por lei, como consequência da *garantia formal* contida no princípio de legalidade. Por isso se criticou que esse recurso constitui uma infração ao princípio de legalidade ao permitir que o estabelecimento da descrição do fato dependa da vontade da Administração. O núcleo essencial do delito se torna instável, já que o conteúdo da lei penal pode ir variando segundo a simples vontade da Administração. Há quem entenda, como Luzón Peña,[121] que a violação do princípio de legalidade somente ocorreria quando a remessa à norma extrapenal se referisse ao integral conteúdo da matéria incriminada, até porque entende que essa hipótese não é, por razão nenhuma, justificável.

Além disso, da *taxatividade* da lei penal deriva o princípio de *certeza*, também outra vertente do princípio de legalidade.[122] Pretende-se que o preceito e as

consequências jurídicas se expressem de forma clara e inconfundível, que possam ser conhecidos por inteiro por seus destinatários. “A necessidade do *conhecimento da antijuridicidade* impõe, logicamente, o princípio de que as condutas ordenadas ou proibidas podem ser facilmente conhecidas pelos súditos da lei”.[123] Todavia, que certeza pode existir quando as normas da administração constantemente são trocadas? Ainda, também é possível que os sujeitos, mesmo conhecendo o caráter proibido da norma administrativa, desconheçam que por sua transgressão se encontram ante um fato que assume todas as características de um delito, abrindo-se, assim, um espaço vasto para a discussão do erro escusável.[124]

Importa destacar, por outro lado, que a remissão que fazem as normas penais em branco evidenciam a relação existente entre o *Direito Penal e o Direito Administrativo*. Em certa medida, nas relações sociais fluidas, o emprego das leis penais em branco *acaba justificado*[125] por questões de política criminal.[126]

Majoritariamente, mesmo diante de todas as críticas e reconhecidos os graves inconvenientes, a doutrina tem aceitado o emprego da técnica das normas penais em branco, coibindo apenas o abuso no seu emprego.[127] Isso porque é forçoso reconhecer que alguns âmbitos de profundo interesse da sociedade moderna são dotados de tal volatilidade, que não é possível o emprego do instrumental legislativo para manter a legislação adequada à realidade social.

Desse modo, a questão passa a ser não se devem existir ou não as normas penais em branco, mas sim, que classes de limites hão de ser impostos para sua utilização. Se é preciso aceitar a dinâmica das normas penais em branco, a necessidade do seu emprego deve revestir-se de outras garantias e sofrer a incidência de outros princípios limitadores, tais como recorrer a ela somente em *ultima ratio* e que a interpretação que resulte da integração entre norma penal e norma administrativa se dê sempre sob o foco da proteção ao bem jurídico.[128]

O Estado, no que se refere ao aspecto penal, deve regular o básico. Deve garantir que o permitido pela Administração não constitui delito, em atenção ao princípio de *unidade do ordenamento jurídico.*[129] O recurso ao Direito penal deve ser sempre em *ultima ratio*, já que muitos bens jurídicos difusos podem ser

efetivamente protegidos pelo Direito Administrativo sancionador. Isso porque a *antijuridicidade* dos atos atentatórios contra bens jurídicos coletivos costuma ser comum para ambos os ramos do ordenamento jurídico, sendo que, em alguns casos, a fronteira entre o injusto penal e o administrativo se define apenas quantitativamente.[130]

b) Elementos normativos do tipo

Alguns autores parecem não distinguir entre as normas penais em branco e os normativos do tipo,[131] em uma evidente confusão entre os conceitos. A confusão certamente deriva da ausência de uniformidade doutrinária a respeito de suas diferenças.

Segundo Luzón Peña, há basicamente duas posturas diferentes a respeito dessa distinção. Há quem defenda que a remissão expressa a artigos ou dispositivos de outra fonte legislativa há de ser considerada *norma penal em branco*, enquanto que as *remissões tácitas* hão de ser interpretadas como elementos normativos do tipo. Assim, por exemplo, o art. 302 da Lei n° 9.503, de 23 de setembro de 1997, ao utilizar o elemento *homicídio culposo*, faria apenas uma remessa tácita ao conceito de homicídio culposo do Código Penal, consistindo em mero *elemento normativo do tipo*, enquanto que o art. 16 da Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003, seria uma norma penal em branco, já que expressamente refere à determinação legal ou regulamentar relacionada à proibição ou restrição do uso de armamento. Em contraposição, um segundo ponto de vista sustenta que essa distinção entre remessa tácita ou expressa é pouco clara e que é possível a remessa expressa de elementos normativos, razão pela qual seria melhor a adoção de um critério material, relativo à remessa *em bloco* à norma extrapenal, deixando que esta estabeleça o que é realmente típico, enquanto que no caso dos elementos negativos do tipo, o fato típico já estaria previamente estabelecido pelo dispositivo incriminador original, sendo que o complemento seria meramente interpretativo, capaz de estabelecer os limites do incriminado. Nesse caso, por exemplo, o art. 268 do Código Penal seria uma norma penal em branco, já que não seria possível saber o que é incriminado, até que se conheça a "determinação do poder público" complementar a respeito, enquanto que o

art. 312 do mesmo Código Penal conteria um *elemento normativo do tipo*, na expressão *funcionário público*, já que se conhece perfeitamente o conteúdo da incriminação, servindo a norma do art. 327 como mero estabelecimento de limites de incriminação.

A distinção que parece mais adequada é a de compreender os elementos normativos do tipo como remissões a valorações, ou seja, como elementos cuja adequada compreensão implica uma valoração específica e não uma definição normativa. São exemplos o uso da expressão *significativa destruição da flora* e a expressão *em níveis tais* que constam do art. 54 da Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, ou a definição de *ato obsceno* a teor do art. 233 do Código Penal. Ao contrário, as normas penais em branco remetem a outras normas, ou seja, exigem um complemento por outra norma, por outro enunciado normativo e não apenas por uma valoração livre. Assim, por exemplo, os arts. 12, 14 e 16 da Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003, cuja definição dos elementos "arma de fogo de uso permitido", "arma de fogo de uso restrito" vem definida no Decreto n° 5.123, de 1° de julho de 2004, em seus arts. 10 e 11, que por sua vez remetem ainda a outras normas do Comando do Exército ou, ainda, o art. 268 do Código Penal, que remete a futuras e possíveis determinações legais para o controle de doenças contagiosas.

c) Delitos de violação de dever (*Pflichtdelikte*)

Ainda dentro da questão da remissão do problema penal a outras instâncias, notadamente à instância administrativa, merece atenção o tema dos chamados delitos de violação de um dever ou *Plichtdelikte.* Com efeito, cabe fazer, no caso desses delitos, uma conexão para com o problema das normas penais em branco[132] justamente no que refere às possíveis aflições ao princípio de legalidade, já que tanto em um quanto em outro se nota a subtração do controle sobre a incriminação da esfera política do legislativo.

Nos chamados *Pflichtdelikte* também se disse que o que se estaria visando seria o "*correto funcionamento da administração"* ou a *proteção de cumprimento da norma administrativa*,[133] e não um bem jurídico.

Muñoz Conde[134] noticia que quem primeiramente chamou a atenção para os delitos de violação de um dever foi Roxin em sua investigação sobre autoria e participação.

Efetivamente, ocupado da identificação do *domínio do fato*, Roxin verificou que o legislador utiliza duas fórmulas distintas para tipificar condutas. Uma delas consiste na descrição mais completa possível das ações que merecem sanção. A segunda é utilizada quando não interessa tanto ao legislador o que o sujeito faz ou deixa de fazer, mas sim, interessa coibir a infração de determinado dever atribuído ao sujeito pelo papel que ele representa em sociedade. Esse dever extrapenal é que seria decisivo para o reconhecimento da autoria do delito.[135]

Com isso, Roxin destaca que, para os delitos de violação de um dever, a *ação* ou *omissão*, em si, é irrelevante, transferindo-se o papel decisivo na determinação do crime para a quebra do dever social. Assim, chega a afirmar em seu *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* que para os *Pflichtdelikte*, as limitações do princípio de legalidade não guardam qualquer referência à conduta em si, mas sim com a violação do dever, pois, "quando se trata da infração de um dever nascido do papel (rol) social desempenhado, que constitui determinados tipos, é, desde o ponto de vista da problemática do *nullum crimen*, notoriamente indiferente que esta infração seja realizada por ação ou omissão".[136]

A par da equiparação entre ação e omissão, Roxin[137] ainda aponta outra consequência dogmática dos delitos de violação de um dever, que é justamente o fato de que a autoria é determinada pelo especial papel social do agente, ou seja, pelo seu dever social e não por qualquer referência ao domínio efetivo do fato.

Os delitos de violação de um dever são, enfim, aqueles em que o núcleo da incriminação consiste em uma desobediência a um dever para com a administração pública. Exemplos na legislação brasileira é o art. 325 do Código Penal, consistente na violação de sigilo funcional. Pouco importa que o funcionário público tenha facilitado a revelação do segredo descumprindo seu dever de vigilância para com documentos que estejam em sua posse ou se ostensivamente ofereceu os segredos a terceiro, o que importa ao legislador é a preservação do dever funcional de guarda do

segredo.

Nota-se que a incriminação consiste em uma mera violação de dever.[138]

Essa técnica de tipificação é altamente criticável, em especial pela abertura que representa, pois o conteúdo da incriminação não é somente inteiramente remetido a outras normas, como estas mesmas normas são completamente indefinidas. O verdadeiro vácuo normativo somente será complementado no curso do processo, o que remete ao absurdo da exigência típica indefinida.

Ademais, transparece uma indevida subordinação do Direito penal a interesses administrativos com completo abandono da referência ao bem jurídico, restando a questão da incriminação sublimada ao respeito à norma administrativa. Como é óbvio, é altamente criticável o ato de erigir à categoria de bem jurídico o regular funcionamento da administração.[139]

3 A INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

No dizer de Larenz,[140] toda norma jurídica requer interpretação.

Vista a norma penal como uma expressão de sentido linguístico, obviamente a sua interpretação não pode ser limitada a um ponto de vista meramente semântico ou sintático da expressão normativa, mas deve se basear especialmente em sua dimensão pragmática.[141]

A conjunção entre ação e norma transcorre no âmbito das dimensões de sentido linguístico. A linguagem, por sua vez, aparece sob a forma de discurso, enquanto conjunto de signos que dota de sentido uma determinada expressão.

O desvendar do sentido de uma expressão não pode estar reduzido à abordagem *semântica*, ou seja, do mero significado isolado das palavras, nem tampouco à abordagem *sintática*, como conjunto de palavras que formam frases. O verdadeiro sentido normativo somente é desvendado por uma visão *pragmática* da norma. Essa visão só é possível através da consideração contextualizada da norma em face da situação concreta em que se desenvolve, ou seja, pela abordagem de suas circunstâncias. O verdadeiro *sentido* da norma não pode ser capturado de sua *descrição* isolada, mas somente de sua *compreensão*, derivada de sua *aplicação*

contextualizada.[142]

3.1 Critérios de interpretação

Identificada a lei como principal veículo das normas jurídicas, surge o problema de sua interpretação. A aplicação de uma norma contida em um enunciado legislativo nem sempre é tarefa fácil.

No que tange à interpretação da norma jurídica, enquanto exercício de lógica ou método de pensamento, segue viva uma antiga controvérsia literária[143] sobre se existe uma lógica jurídica própria, ou seja, uma forma própria de raciocinar juridicamente, de modo diferente de todas as outras lógicas,[144] como, por exemplo, a lógica das ciências naturais ou da elaboração filosófica, ou se existe uma lógica formal única, cujas especificidades decorrem meramente de sua aplicação particular ao seu objeto próprio.[145]

Naturalmente, a perspectiva de uma lógica uniforme tem relação com uma visão dicotômica entre ser e dever ser, respectivamente descritiva e prescritiva em face da norma jurídica.[146] Essa é uma lógica *kelseniana* muito utilizada para a afirmação do modelo jurídico de bases ontológicas, como aparece, por exemplo, nos modelos finalistas e causalistas.

A imposição de afirmação de uma lógica própria da elaboração e interpretação jurídica conduziu ao reconhecimento de que o processo de interpretação da norma penal deveria ser o *silogismo.*

O *silogismo* teorético ou *silogismo* da Lógica dos Enunciados "é uma sequência de enunciados, nos quais a verdade do conteúdo de sentido que se exprime linguisticamente numa proposição – de conclusão – resulta da verdade dos conteúdos de sentido que são expressos linguisticamente em duas outras proposições – na premissa maior e na premissa menor".[147]

Assim, parte-se dedutivamente da afirmação de uma verdade em uma premissa maior, de caráter genérico: "furto é a subtração, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel", para uma afirmação de verdade em uma premissa menor, de caráter individual, relacionada ao fato: "Antônio subtraiu, para si, a carteira de Pedro"; para

chegar à conclusão: “Antônio cometeu furto”. O mesmo procedimento se dá pela via indutiva trocando a ordem das premissas.

Esse é o modo com que, de regra, ainda se procede na prática forense brasileira, dada a nítida influência *kelseniana* no modelo de ensino jurídico existente no Brasil. Entretanto, a evidente crise do positivismo conduziu a igual crise na lógica da subsunção jurídica.[148]

É que a resolução *justa* dos casos concretos, por vezes, exige uma solução contrária à da lei. Assim acontece, por exemplo, nos casos de não incriminação dos proprietários de motéis por exploração da prostituição (art. 229 do Código Penal brasileiro),[149] ou no caso de não incriminação por furto (art. 155 do Código Penal brasileiro)[150] de quem subtrai objeto alheio de ínfima significação econômica para a vítima, com ânimo de apropriação.

Ademais, o silogismo tem problemas relacionados com o desprezo da *subjetividade* do intérprete, que pode conduzir tanto ao erro de interpretação da norma, já que todo ser humano é falível, como ao chamado *erro regressivo*, derivado da interferência das *metarregras* como preconceitos, idiossincrasias, traumas e estereótipos derivados de condicionantes econômicas e sociológicas.[151]

Trouxe as primeiras luzes para o problema o advento, nos anos 50 do século XX, do trabalho de Theodor Viehweg,[152] propondo que melhor solução interpretativa somente poderia derivar de uma compreensão abrangente das circunstâncias específicas do fato,[153] o que implica em tomar como base para a interpretação o caso concreto.[154]

Mas mais do que isso, a tópica propunha como objetivo a obtenção de um resultado justo, equânime e não meramente verdadeiro.[155]

Ainda segundo a tópica, o resultado justo deve ser obtido através de um processo argumentativo, baseado em uma retórica que não se resume à observação dos meros signos linguísticos enquanto expressão sintática, mas que também contemplem uma dimensão semântica e pragmática.[156]

Nesse sentido, o que Viehweg propõe é uma agregação da tópica à retórica da argumentação.[157]

Portanto, a superação do modelo ancorado em conceitos de verdade absoluta, próprias da pretensão de uma lógica única de Kelsen, não pode ser a única aplicada ao modelo jurídico, que não é científico, mas técnico-argumentativo,[158] e não pode manter pretensões de verdade, senão unicamente pretensões de justiça, às quais resta obrigatoriamente condicionado o processo de interpretação normativo.[159]

Assim, a primeira fórmula que aparece como método interpretativo que corresponde à superação do positivismo jurídico é o modelo *tópico-hermenêutico*, como tal entendido o equilíbrio entre a composição das circunstâncias do caso concreto derivado da tópica e a limitação pelo princípio de legalidade derivada do silogismo.[160]

Nesse sentido, os limites negativos da interpretação são representados pela lei, posto não se admite que a incriminação ultrapasse os limites do silogismo, compatibilizando-se com o princípio de legalidade. A tópica, ou seja, a análise do caso concreto, impõe, complementarmente, um limite positivo, ou seja, a afirmação da liberdade como expressão máxima da dignidade da pessoa humana. Assim, impõe-se novo limite à intervenção penal pela representação do justo.[161]

Desse modo, a não obtenção do resultado justo pelo silogismo há de determinar um recorte em favor da liberdade determinado pela análise dos elementos do caso concreto.

Acontece que é possível avançar ainda mais em termos de interpretação da norma, posto que é preciso reconhecer que o *direito* é algo diferente do mero conteúdo da norma. Ele não é representado estaticamente no enunciado normativo, mas sim, acontece dinamicamente, através de sua aplicação. O *direito*, na verdade, não é algo que pré-exista em face do processo de interpretação, mas sim, constitui precisamente o seu resultado.[162]

Essa fórmula hermenêutica se apoia na filosofia do último Wittgenstein, propondo, ao invés de um mero processo de subsunção, uma afirmação da validade – e, portanto, da justiça da norma – através da participação em um *jogo de linguagem*.

O direito, assim, não é um objeto que pode ser descrito, mas deve ser compreendido de modo contextualizado, dentro do acontecimento, tal como o

aprendizado do sentido do justo por uma criança.[163]

A compreensão do direito se expressa, pois, através da linguagem operacionalizada no processo. Essa operacionalização não visa, de modo algum, afirmar qualquer classe de *verdade* jurídica, mas simplesmente verificar a possibilidade de validar a aplicação de uma norma para o caso concreto de modo justo. Isso porque o processo de compreensão derivado do cotejo das diversas variáveis circunstanciais aferidas busca a transmissão de um significado normativo. Realizado o processo, não se chega a uma afirmação definitiva, nem vinculante, mas tão somente em uma conclusão fundamentada, entre as diferentes possibilidades de interpretação.

Portanto, a melhor fórmula de superação do reducionismo positivista é partir de um caminho que leva a considerar a norma jurídica mais do que uma mera diretriz de conduta, uma pretensão de realização do *justo*. É de se compreender, ainda, que não se trata de uma *justiça utópica*, mas meramente de uma busca do justo que, por si, é autossatisfativa.

Nesse sentido concorre o trabalho de Vives Antón,[164] que defende que a norma, em virtude de sua própria gramática, constitui uma expressão de pretensão de validade que não é uma pretensão de se afirmar válida porque verdadeira *em face* do caso concreto, mas sim afirmar-se válida porque justa *para* o caso concreto. O direito não está interessado na verdade, mas sim na solução de conflitos sociais, assim, sua lógica não tem por que obedecer a um modelo único.

3.2 Formas e técnicas de interpretação

Por muito que as normas sejam genéricas, sem descer à especificidade de cada caso, há inúmeras situações em que, aparentemente, nenhuma norma é diretamente aplicável ao caso concreto, em um verdadeiro vazio normativo, e que, ademais, reclame intervenção da ordem jurídica. Em outros casos, a incidência da norma pode ser ou não constatada, conforme o sentido que se dê a determinadas expressões nelas contidas (polissemia da linguagem). Ademais, as normas são produtos de interesses conflitivos e nesses mesmos interesses têm aplicação.

Em casos tais, pretende-se que o intérprete, dispondo das técnicas de interpretação, dê solução ao caso concreto. Nesse sentido, o exercício hermenêutico converte-se em verdadeiro exercício de criação da norma para o caso concreto, realizada pelo aplicador.

Assim, desde Savigny[165] as técnicas de interpretação de que se valem os aplicadores do direito são: a interpretação literal, a interpretação sistemática, a interpretação histórica e a interpretação teleológica. Tais técnicas não são mutuamente excludentes, podendo resultar, algumas vezes, até mesmo complementares.[166] Porém, com o advento da *jurisprudência de interesses* de Ihering,[167] levantou-se a importância de analisar as formas de interpretação não só quanto às técnicas ou meios de interpretação, mas também quanto aos sujeitos que as realizam e quanto aos resultados, reconhecida aqui a interferência dos sujeitos na determinação da interpretação.

3.2.1 Classificação da interpretação das normas quanto aos sujeitos intérpretes

A tarefa interpretativa das normas jurídicas é realizada por aqueles que, de alguma forma, com ela se relacionam. Tal é a classificação da interpretação das normas, segundo quem as realiza.[168]

Assim, fala-se em interpretação *autêntica*, quando realizada pelos membros do legislativo, que são, em última análise, as mesmas pessoas que criam a própria norma e, portanto, a interpretam nesse momento, em termos contextuais e de modo paralelo nas exposições de motivos. Por exemplo, aparece no Código Penal o conceito de casa (art. 150, §§ 4° e 5°), para permitir conceber o delito de violação de domicílio, bem assim o conceito de funcionário público (art. 327), para identificar o autor de crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral.

Do mesmo modo, o conteúdo do registro dos debates legislativos, as leis de introdução, as exposições de motivos e os projetos de lei, embora de forma indireta, muito podem indicar sobre a interpretação *autêntica*.

A interpretação *judicial* ou *jurisprudencial* é a realizada pelos aplicadores práticos da norma ao caso concreto, ou seja, os membros do Poder Judiciário, pela

resolução reiterada de casos concretos. Assim, a *jurisprudência* se forma a partir do conjunto de decisões derivadas do exercício jurisdicional, compondo a orientação dos Tribunais relativamente às hipóteses postas à interpretação.

Essas reiteradas prestações jurisdicionais, quando cheguem a representar conteúdo assentado unanimemente nos Tribunais Superiores, geram as Súmulas, que são resumos orientadores, dados a público como forma de declarar a interpretação *jurisprudencial* das Cortes sobre aspecto determinado.

A interpretação *científica* ou *doutrinária* é realizada por juristas especialistas na área,[169] emanada da aplicação de seus conhecimentos técnicos a respeito da matéria em discussão. Evidentemente, a importância dessa interpretação não reside somente na autoridade do intérprete, mas na força científica e técnica de seus argumentos.

3.2.2 Classificação da interpretação quanto aos meios ou técnicas empregadas

As *técnicas de interpretação* são meios de que o intérprete dispõe para realizá-la. É possível classificar formas de interpretação, a partir dessas técnicas.

A interpretação *literal* ou *gramatical* é uma técnica derivada das abordagens semântica e sintática. Busca-se a identificação do significado literal de cada palavra que compõe a norma em seu sentido comum ou técnico, os quais, por vezes, sequer entre si coincidem.[170]

Busca-se aqui o sentido comum da linguagem e, por isso, essa técnica é a que goza de menor prestígio, sendo frequentemente acusada de excessivo formalismo,[171] ainda que se admita dever ser sempre o ponto de partida do intérprete.[172]

Duas regras básicas são utilizadas pela técnica de interpretação literal ou gramatical: a de que a lei não contém palavras inúteis ou supérfluas e de que os termos empregados na lei devem ser interpretados em conotação técnica e não vulgar.[173]

A interpretação *lógico-sistemática* é uma técnica derivada da distensão da abordagem sintática, pois busca o significado da norma pelo cotejo do seu conjunto de expressões linguísticas com o conjunto de expressões linguísticas dadas pelas

demais normas que compõem determinado sistema normativo.

Jescheck[174] menciona que os argumentos da lógica jurídica podem ser o *argumento analógico*, que busca demonstrar que a regra aplicada a outro grupo de casos pode ser aplicada ao caso em apreço sempre que coincidam suas relações essenciais; o *argumento a contrário*, que traduz a hipótese de que ausentes determinados pressupostos necessários para certa consequência, esta não tem lugar; o *argumentum a maiore ad minus*, que sustenta as hipóteses em que demonstrada a validade da aplicabilidade de uma proposição jurídica a uma situação mais abrangente, essa mesma proposição pode ser aplicada às situações àquela subordinadas; o *argumentum a fortiori*, que representa que a validade de uma proposição jurídica para um caso pode ser trasladada a outro em que os fundamentos de contraposição sejam menos evidentes; e, finalmente, o *argumentum ad absurdum*, onde, declarada a validade de uma proposição, seria forçosa a declaração de outra proposição cuja validade não poderia ser aceita em nenhuma hipótese.

O intérprete aqui procura relacionar a lei com outras que dela se aproximam[175] em conteúdo e em forma, situando a norma em exame como parte de um todo que é o sistema normativo em que se encontra inserta.

A interpretação *histórica* contextualiza a norma em face do seu processo de criação, procurando buscar nos registros de debates parlamentares, nas exposições de motivos do processo legislativo, o sentido que se pretendia dar à norma.

Essa técnica é a que permite contextualizar político-criminalmente determinada regra em face de seus determinantes políticos, econômicos e sociológicos. Às vezes, somente é possível descortinar os verdadeiros motivos por trás das normas mediante sua interpretação desde um ponto de vista histórico.

A interpretação *teleológica* visa esclarecer a finalidade social pretendida pelo legislador, ou seja, busca identificar qual era a pretensão do legislador ao criar a norma, que objetivos ele pretendia alcançar, e pretende que a norma seja interpretada em face desses objetivos.

3.2.3 Classificação das formas de interpretação quanto ao seu resultado

Os mecanismos de interpretação da norma, uma vez aplicados às regras em concreto, produzem diferentes resultados: *declaratórios*, quando esclarecem o conteúdo de uma norma; *extensivos*, quando distendem sua aplicação a casos, em princípio, não previstos; e *restritivos*, quando recortam o âmbito de incidência da norma. Assim, classifica-se em declaratória, extensiva ou restritiva a interpretação, conforme o resultado que dela emana.[176]

Evidentemente, diante das restrições do princípio de legalidade, as normas jurídico--penais incriminadoras ou relativas à imposição de penas não podem ser interpretadas de modo a obter resultados extensivos.[177]

3.3 Analogia e interpretação analógica em matéria normativa jurídico-penal

O estudo da analogia[178] deve ser feito a partir de sua comparação com a interpretação analógica, especialmente diante da metodologia de *grupos de casos* que vem sendo usada por muitos penalistas,[179] que conduz à comparação de situações como forma de delimitação da utilização de uma regra. Assim, "a *interpretação* consiste em identificar grupos de casos regulados e não regulados pela lei penal – portanto, atua pela comparação de grupos de casos; a *analogia* consiste em aplicar a lei penal a grupos de casos não previstos, mas semelhantes aos casos previstos na lei penal".[180]

Essa identidade técnica, obviamente, não pode ser transformada em identidade prática. Ou seja, o fato de que tal método venha sendo utilizado para a definição das técnicas de interpretação não pode significar a abertura ilimitada do emprego de analogia em normas jurídico-penais, especialmente em normas incriminadoras.[181] Até porque, como define Bitencourt, a analogia "não é propriamente forma de interpretação, mas de aplicação da norma legal",[182] servindo apenas como instrumento de integração.

Assim, é necessário delimitar os limites entre a interpretação analógica permissível e a analogia proibida em matéria jurídico-penal.[183] A analogia é proibida como instrumento de incriminação no Direito penal em consequência do princípio da legalidade.[184] Na maioria das Constituições políticas de nossa cultura jurídica, a

proibição da analogia da lei penal é considerada como uma garantia.

Haverá que distinguir a analogia da interpretação extensiva.

Aqui, disputam espaço dois distintos pontos de vista. O primeiro defende que a distinção entre analogia e interpretação analógica deve basear-se no emprego da técnica da interpretação literal. Ou seja, o que estiver dentro da interpretação *literal* da norma ficaria no campo da interpretação permitida, enquanto que o que ficar fora da literalidade converte-se em analogia vedada.[185] O segundo busca distinguir a analogia da interpretação analógica através do *sentido* da norma. Ou seja, a interpretação analógica, permitida, seria aquela aplicável para alcançar situações relativas à aplicação da lei de um fato situado além de seu alcance literal, mas sem estar fora do espírito ou *sentido* da mesma; na analogia, vedada, se estende a aplicação da lei a um caso similar ao legislado, mas não compreendido no sentido do seu texto.[186]

Há óbvios problemas com a primeira opção, como por exemplo, na definição do que mais pode ser qualificadora relativa ao "meio de que possa resultar perigo comum", além do fogo ou explosão, descrita no art. 121, § 2°, do Código Penal brasileiro. O uso da interpretação literal levaria, por exemplo, a que o emprego de *antrax*, ou seja, um homicídio praticado mediante o depósito, no sistema de ar-condicionado de uma sala, da bactéria *Bacillus anthracis*, fosse considerado homicídio não qualificado, diante da não compreensão da difusão bacteriana na literalidade do dispositivo, deixando completamente vazia a expressão *ou outro meio*. Ademais, essa fórmula seria incapaz de dar explicação ao emprego da analogia *in bonam partem*.

Em contrapartida, o emprego da segunda opção, ou seja, da distinção de analogia e interpretação analógica a partir do *sentido* da norma, permite a afirmação de que a interpretação extensiva não pode vulnerar o princípio de legalidade, pois a interpretação queda dentro do *espírito* ou *sentido* da lei, enquanto que na analogia se estaria criando Direito, situação contrária ao *espírito* ou *sentido* da lei que, sim, é proibida. Esse modelo, ademais, permite a relação correta da analogia permitida *in bonam partem* e negada contra o réu, justamente com base no *sentido* restritivo que

impõe o princípio de legalidade[187] em sua vertente política relacionada ao modelo de Estado democrático de mínima intervenção.[188] É que o princípio de legalidade representa uma expressão de defesa do cidadão contra possíveis arbitrariedades do Estado, e sendo a norma permissiva ou justificante, ou ainda exculpante, estamos diante de uma situação em que o uso da analogia não se choca com o espírito do princípio.

4 SISTEMATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO

A operação hermenêutica das normas penais exige do intérprete a realização de uma contraposição entre normas de distintas classes que deve corresponder a alguma lógica interna.

No afã de oferecer um instrumental para a composição dessa lógica, Sebastián Soler ofereceu uma sistematização de princípios a serem empregados na operação de interpretação normativa.

Assim, refere Soler[189] que o primeiro princípio reitor da interpretação normativa há de ser o *princípio hierárquico*, que se traduz na obediência à ordem lógica hierárquica entre as normas. Para Soler, a expressão desse princípio se desdobra em duas diretrizes. Em primeiro lugar, diz respeito às leis que servem de veículos às normas interpretadas, ou seja, prega a observação de que as normas contidas em leis federais devem estar em consonância com as normas contidas na Constituição Federal. Dessa forma, resta preservada a coerência do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, as regras – já sejam constitucionais ou legais – devem ser orientadas segundo os princípios conformadores do próprio Estado, os quais precedem tanto cronológica, quanto hierarquicamente, as próprias regras constitucionais.

Como segundo princípio, Soler[190] defende a aplicação do *princípio de vigência*, cujo conteúdo é o seguinte: deve-se interpretar uma norma preferivelmente segundo o sentido de dar vigência ao seu preceito, e não de suprimi-la. Parte-se, obviamente, de considerar que todas as normas, por princípio, visam obter sua aplicação concreta. Assim, diante de duas interpretações igualmente possíveis diante do caso concreto, aquela que dá vigência ao preceito deve ser a preferível.

Em terceiro lugar, Soler[191] refere ao chamado *princípio de unidade sistemática*. O princípio de unidade sistemática pretende destacar que qualquer norma deve ser considerada em face do conjunto a que pertence, ou seja, não pode ser interpretada isoladamente, mas sim em consonância com o ordenamento onde se situa. Aqui, a referência é não apenas ao capítulo da lei a que pertence, mas ao ordenamento todo, ou seja, a interpretação não poderá ser tal que gere uma contradição com outras normas postas pelo sistema que trata da norma a ser interpretada.

Finalmente, Soler[192] refere ao *princípio dinâmico*, que tem em conta o contexto social onde se cria e aplica a norma. Ou seja, o exercício hermenêutico não pode desprezar a condição estática da norma em face do evidente dinamismo da sociedade. A forma de interpretação da norma está inserida no contexto social em que acontece a operação de interpretação. Isso quer dizer que a mesma norma, eventualmente criada em um determinado momento histórico e político, pode e deve ser interpretada de forma diferente a partir de determinados câmbios sociais. Basicamente, a referência é que a norma deve ser interpretada no contexto da atualidade de sua aplicação, mesmo que isso traduza uma alteração no resultado interpretativo, desde que seja mais adequada ao momento histórico social e político em que a operação interpretativa tem lugar.

---

1 VIVES ANTÓN, Tomás S *Fundamentos del Sistema Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 482.

2 GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Parte Geral.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2007. p. 83.

3 É esclarecedora, a respeito da dubiedade da utilização do termo *fonte*, a lição de Muñoz Conde: “Para estabelecer o valor do costume e dos princípios gerais de Direito no âmbito penal, é necessário partir do conceito de fonte de produção do Direito, como meio de criação de normas jurídicas vinculantes. O costume e os princípios gerais têm reconhecido o caráter de fonte de produção de normas (de maneira subsidiária à lei) no artigo 1 do Código civil, mas isso não é válido

para as normas penais em virtude da reserva absoluta de lei que opera sobre as mesmas; portanto, em Direito penal, nem o costume nem os princípios gerais são fonte de produção de normas, isto é, não podem estabelecer delitos nem penas. Porém, o conceito de 'fonte' pode ser utilizado em um sentido distinto, não referido à criação de normas jurídicas, mas como meio de integração, interpretação e complementação das fontes de produção, isto é, como fonte indireta" (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte Geral.* 7. ed. 2007. p. 113). Como se nota, o autor espanhol reconhece o caráter de fonte indireta, porém, não no sentido da criação de *normas*, mas de sua integração. O problema, aqui, parece ser o que o autor entende por *norma penal*. Aparentemente, Muñoz Conde pretende garantir o cidadão contra indevidas interferências na origem da incriminação e do estabelecimento de pena, no que está correto. Porém, cabe referir que, em primeiro lugar, as normas penais não são somente normas incriminadoras ou penalizadoras, mas também são eximentes, explicativas, integrativas. Ademais, o próprio conceito de norma, na concepção de Muñoz Conde, parece cair no recorrente engodo positivista de confusão entre os termos *norma* e *lei*.

4 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008 30.

5 É de observar que, para determinadas posturas a respeito de critérios axiológicos imputação objetiva, entende-se que a autocolocação em perigo da própria vítima ou a heterocolocação em perigo da vítima consentida por esta são causas de exclusão do próprio tipo, como pretende, por exemplo, Roxin. Para detalhes a respeito do tema e das principais vertentes da imputação objetiva remeto a Paulo César Busato. *Fatos e Mitos sobre a imputação objetiva.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; especialmente sobre a autocolocação em perigo da vítima e heterocoloção em perigo da vítima consentida por esta, veja-se p. 99-103 e 115-117.

6 O perdão judicial é causa extintiva da punibilidade que figura na parte geral do Código Penal, no art. 107, inciso IX, aplicável apenas nos casos "expressamente previstos em lei". Sempre foi aplicado em casos de lesões corporais ou homicídios culposos, posto que há previsão expressa na parte especial, nos arts. 121, § 5°, e 129, § 8°. Com o advento do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), os casos de homicídio e lesão corporal culposos de trânsito passaram a ser regidos pela lei especial, em face do

princípio de especialidade. No projeto, figurava a previsão expressa da aplicação do perdão judicial para os casos em que o infausto já se mostrasse sanção mais do que suficiente para o controle social do criminoso de trânsito. O dispositivo, porém, foi vetado, sob o argumento de que o Código Penal se aplicaria subsidiariamente. Ocorre que a previsão do próprio Código de Trânsito era de aplicação subsidiária *da parte geral do Código Penal*, e não da *parte especial*. Isso incluiria justamente o dispositivo do perdão judicial, o qual exige previsão expressa para sua aplicação, coisa que não figurava mais no Código de Trânsito. Outrossim, os Tribunais, reconhecendo a equivalência do desvalor de ação e do desvalor de resultado das lesões corporais e homicídios no trânsito e fora dele, reconheceram a possibilidade de aplicação do perdão judicial nas hipóteses de trânsito, por analogia.

7 Muñoz Conde discorda, entendendo que a jurisprudência não pode ser fonte de Direito penal. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Merced *Derecho penal. Parte General*... cit., 7. ed., p. 115.

8 Trata-se de uma *praxis* disseminada, que não tem foco exclusivamente no Brasil, conforme noticia a doutrina espanhola. Confira-se idêntica opinião em Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán.*Derecho penal. Parte General*... cit., 7. ed., p. 115; e GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; MATALLÍN EVANGEL Ángela; ORTS BERENGUER, Enrique; ROIG TORRES, Margarita*Derecho penal. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. t. IV, p. 32.

9 SANTOS, Juarez Cirino dos.*Direito penal. Parte Geral.* 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 69; DOTTI, René Ariel*Curso de Direito Penal. Parte Geral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 227. Fragoso seguindo a Goldschmidt, se opõe à classificação, sustentando que somente podem ser chamadas de fontes aquelas que a doutrina considera fontes *materiais* da norma penal. Isso porque, no seu entender, a lei e os costumes, por exemplo, não são fontes, mas *formas* de manifestação do Direito. Veja-se: FRAGOSO Heleno. *Lições de Direito penal.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 77.

10 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*... cit., p. 227.

11 Nesse sentido: ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho penal. Parte Gener* Trad. de Juan del Rosal e Angel Torío López. Buenos Aires: U.T.E.H.A., 1960 p. 49.

12 ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho penal*... cit., p. 50.

[13] Nesse sentido veja-se: ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho penal...* cit., 50. No Brasil: DOTTI, René Ariel.*Curso de Direito Penal...* cit., p. 227; e GALVÃO, Fernando. *Direito penal...* cit., p. 83-91.

[14] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General...* cit., 7. ed., p. 113. No Brasil: DOTTI, René Ariel.*Curso de Direito Penal...* cit., 2005, p. 228; GALVÃO, Fernando. *Direito penal...* cit., p. 84.

[15] Nesse sentido: DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...* cit., p. 228.

[16] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 69; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...* cit., p. 228-236.

[17] Os costumes, em sentido contrário, não são dotados de capacidade incriminadora Nesse sentido, expressamente: ANTOLISEI, Francesco*Manual de Derecho penal...* cit., p. 56.

[18] Nesse sentido: DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...* cit., p. 230.

[19] Vide art. 233 do Código Penal.

[20] Vide art. 155, § 1°, do Código Penal.

[21] Não é o caso do Tratado de Roma, que além de instituir o Tribunal Penal Internacional, estabelece condutas típicas de Direito penal internacional, incorrendo, por vezes, em graves violações principiológicas. É discutida, ademais, a sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro (Vide Decreto n° 4.388, de 25 de setembro de 2002) por força de algumas flagrantes inconstitucionalidades, mesmo tendo obedecido os termos da Emenda Constitucional n° 45, de 2004. Confira-se o comentário crítico em: BUSATO Paulo César. Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito Penal.*RT,* v. 809, ano 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 421-437.

[22] René Dotti menciona que “A jurisprudência é considerada como *fonte* secundária das normas penais”. DOTTI, René Ariel.*Curso de Direito Penal...* cit., p. 235. O tema é fartamente tratado dessa forma, com referência a direito comparado, em José Frederico Marques.*Tratado de Direito penal.* Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 235-241. Em sentido contrário, negando à jurisprudência o caráter de fonte de Direito penal: ANTOLISEI, Francesco*Manual de Derecho penal...* cit., p. 58-59. Entretanto, o autor também nega tal caráter aos princípios gerais de direito, interpretação essa que parece equivocada diante do conceito de norma aqui adotado.

[23] "Norma é toda regulação de condutas humanas com relação à convivência." MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general.* 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 33.

[24] Há quem aponte (GOMES, Luiz Flávio (Org.) *Direito penal. Introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 619) como equivalente em importância à teoria de Binding a tese das normas de cultura desenvolvida por Max Ernst Mayer. No entanto, não parece que o trabalho de Mayer tenha a estatura da proposição de Binding do ponto de vista da profundidade do desenvolvimento do tema, ainda que tal reconhecimento tenha sido tardio e impulsionado certamente pelo trabalho de Kaufmann. Veja comentário a respeito do próprio Kaufmann em prefácio à obra: KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 9-14.

[25] Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción.* Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 244. A referência aparece originalmente em Karl Binding. *Die Normen und ihrer* Übertretung. *Eine Untersuchung* über *die rechtmäßige Handeln und die Arten des Delikts,* 2. ed. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1890. v. II, 1, p. 4.

[26] Assim em Francesco Antolisei. *Manual de Derecho Penal...* cit., p. 41; também, Antonio GARCÍA-PABLOS de MOLINA. *Derecho penal...* cit., p. 244.

[27] "Este pensamento, à primeira vista simples, não é tanto com relação a alguns tipos que, ou bem não permitem inferir com clareza qual é o bem jurídico (conteúdo substancial da norma) que protegem, ou bem necessitam ser complementados pelo Juiz. Ao segundo grupo de casos pertence, por exemplo, a categoria de delitos de omissão imprópria, nos quais o Juiz deve, de certo modo, construir o total conteúdo do tipo com ajuda de critérios como o da posição de garantidor ostentada pelo sujeito, assim como os delitos culposos, nos que deve acudir-se à ideia de infração da norma de cuidado, cujos exatos contornos hão de ser delimitados pelo Juiz em cada caso, o que pode parecer fonte de insegurança ao não estar terminantemente expresso qual é o comportamento contrário à norma". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel *Curso de Derecho penal. Parte general.* Barcelona: Cedecs Editorial, 1997. p. 15.

[28] Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRA

CANUT, Miguel. *Curso de Derecho penal...* cit., p. 15-16.

29 Alguns autores tratam de solucionar esse mesmo caso indicando que efetivamente lesiona a norma ainda que essa conduta resulte justificada (não antijurídica), já que sua justificação corresponde a uma sequência valorativa posterior à lesão normativa. Por exemplo: MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. I, p. 258-259. Ver também a respeito dos autores que professam essa posição: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 246.

30 Originou o desenvolvimento da primeira *teoria do dolo* a respeito das discussões que se formaram a respeito dos efeitos dogmáticos do conhecimento do injusto. Veja-se referência a respeito do desenvolvimento de tais teorias a partir das teses de Binding em Reinhard Maurach. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962. v. I, p. 135 ss.

31 MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal...* cit., v. I, p. 261.

32 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. t. I, p. 339-345 onde trata de que as normas de valoração são objetivas, derivando destas as normas subjetivas de determinação. No mesmo sentido de que a distinção do conteúdo da norma é determinante para a separação entre antijuridicidade e culpabilidade, veja-se: BOCKELMANN, Paul; VOLK, Claus. *Direito Penal. Parte Geral*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 43-47. A ideia de norma de valoração fundamenta também a teoria da antijuridicidade em Günter Stratenwerth. *Derecho penal. Parte General* I. *El hecho punible* Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thompson-Civitas, 2005. p. 115 ss., e também em, Reinhard Maurach e Hans Zipf. *Derecho penal. Parte General* I. Trad. de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 414 ss.

33 Nesse sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 272.

34 Sendo, assim, tratou-se de uma concepção particularmente associada à ideia de valoração. Daí a denominação *Bewertungsnorm*.

35 Nesse sentido: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunas reflexiones sobre el objeto, sistema y la función del Derecho penal. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones

de la Universidad de Salamanca, 2001. v. I, p. 863.

36 Costuma ser mencionado também como partidário do normativismo Friedrich Nowakowski. Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit.*Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft,* n° 63, 1951. p. 287 ss.

37 Veja-se: NAGLER, Johannes. Der heutige Stand der Lehre Von der Rechtwidrigk *Festschrift für Karl Binding zum 4 juni 1911.* Reimp. de Leipzig, 1911. Aalen: Scientia, 1974. p. 213 ss.

38 A respeito do tema, o primeiro escrito mais relevante de Goldschmidt é o constantemente citado: GOLDSCHMIDT, James. Der Notstand, ei Schuldproblem. Österreichische *Zeitschrift für Strafrecht.* Wien: Manz, 1913. p. 129 ss. Porém, o tema é detalhado mais tarde e encontra-se acessível em uma obra publicada postumamente à sua morte, ocorrida em Montevideo, no inverno de 1940, e que culminou traduzida para o espanhol e publicada em 1944, como: GOLDSCHMIDT, James*Problemas Generales de Derecho.* Trad. de Eduardo J. Couture. Buenos Aires: Depalma, 1944, especialmente o Capítulo I, tod dedicado à discussão da teoria das normas. Ademais, parte do resultado dessa investigação Goldschmidt apresentou em sua análise da culpabilidade. *La concepción normativa de la culpabilidad.* 2. ed. Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007. p. 96.

39 Confira-se em: GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Generales de Derecho...* cit p. 2 ss.

40 *V. g.* BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunas reflexiones... cit., p. 864.

41 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de Derecho penal...* cit., p. 18.

42 Na concepção de Maurach e Zipf, a afirmação da antijuridicidade "importa suster que quem atuou tipicamente infringiu em concreto uma norma que reclama validade". MAURACH, Reinhard; ZIPF, Hans*Derecho penal. Parte General* I... cit., p. 420.

43 Na verdade, Mezger chega a afirmar que a norma de valoração que organiza a antijuridicidade é "pressuposto lógico e imprescindível" da norma de determinação que fundamenta a culpabilidade. Confira-se em: MEZGER Edmund. *Tratado de Derecho penal...* cit., t. I, p. 343.

44 "Para esta teoria, a violação fundamentadora da antijuridicidade de um

comportamento consiste na insubordinação, na insubmissão, na desobediência. Segundo ela, não pode haver um comportamento antijurídico e não-culpável, pois todas as causas contrárias à acusação de culpa são do tipo que excluem, ao mesmo tempo, as possibilidades de se julgar a conduta em questão como um ato de desobediência e, portanto, como um ato antijurídico. [...] Portanto, a teoria dos imperativos não pode estar correta." BOCKELMANN, Paul; VOLK, Clau *Direito Penal. Parte Geral*... cit., p. 44-45.

45 Isso é precisamente o que defende Edmund Mezger. *Tratado de Derecho penal*... cit., t. I, p. 343.

46 "A concepção imperativa, em seus postulados originais, parte da premissa de que ordenamento jurídico se integra por manifestações de vontade do legislador que se impõem segundo o querer dos cidadãos particulares, exigindo dos mesmos um determinado comportamento. Este comportamento se regula através da vinculação do destinatário da norma com o dever jurídico que emana da mesma." BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunas reflexiones... cit., p. 860.

47 BIERLING, Ernst Rudolph. *Zur Kritik der Juristiche Grundbegriffen.* Reimp. de Gotha, 1877-1883. Aalen: Scientia, 1965.

48 THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht*: unterschungen zur allgemeine Rechtslehre. Reimp. de *Weimar*: Hermann Böhlau, 1878. Aalen: Scientia, 1964. Há também versão italiana: THON, August. *Norma giuridica e diritto soggettivo*: indagini di teoria generale del diritto. 2. ed. Padova: CEDAM, 1951.

49 BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunas reflexiones... cit., p. 860.

50 Aponta-se, em geral, para Adolf Merkel. *Kriminalische Abhandlungen.* Leipzig, 1867. t. I.

51 Cf. THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht*... cit., p. 1-4.

52 Cf. BIERLING, Ernst Rudolph. *Juristische Prinzipienlehre*. Reimp. de 1894, Aal Scientia, 1979. t. I, p. 29.

53 São partidários dessa concepção, com distintos matizes, entre outros: ZIPPELIUS Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. de J. J. Canotilho. 3. ed. Lisboa: Kalouste Gulkbenkian, 1997. p. 11; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAN Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 253; Engisch, quem, no entanto, sustenta que nem todas as normas contêm imperativos, mas aquelas normas permissivas

ou de autorização seriam preceitos não autônomos que, por depender de outros, não poderiam consistir em imperativos (Cf. ENGISCH, Karl *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10. ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 38-39). Larenz, quem diferencia o mandato, a ordem, o comando, da mera ideia de determinação. Para ele, a ordem se dirige às pessoas, com vistas a interferir na vontade imediata de realização delas, enquanto que a norma de determinação pode até visar, a longo prazo, influenciar pessoas, mas, de modo imediato, o que pretende é apenas ser observada, ser válida. Em certa medida, Larenz já evidencia – embora identifique com a ideia de norma de determinação – o que realmente importa na norma: sua pretensão de validade. Veja-se: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1997. p. 353 ss. Também: LARENZ, Karl. Der Rechtssatz als Bestimmungssatz *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*. Org.: Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann e Ulrich Klug. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969. p. 150-152.

54 Explica Mir Puig que "'Norma de determinação' significa [...] a expressão de uma *ordem ou proibição* que trata, a modo de imperativo ou diretivo, de *determinar* a conduta de seu destinatário". MIR PUIG, Santiago *Derecho Penal. Parte General*. 5. ed. Barcelona: Reppertor S. L., 1998. p. 36. No mesmo sentido Luzón Peña acrescenta que "como norma de determinação, a referida norma é a expressão de uma ordem ou proibição que trata de determinar ou motivar aos cidadãos para que não cometam delitos: por exemplo, a formulação dos preceitos anteriores está dizendo implicitamente não matar, não lesionar, não casar-se estando casados, não roubar, auxiliar o próximo em grave perigo [...]". LUZÓN PEÑA, Diego Manuel *Curso de Derecho penal. Parte General* I. Madrid: Universitas, 1999. p. 64.

55 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal...* c p. 250-252.

56 Nesse sentido a opinião de Quintero Olivares: "se a antijuricidade surge da contrariedade entre o fato e o ordenamento jurídico e a culpabilidade, em sentido normativo, é um juízo sobre o autor, pareceria lógico que tudo aquilo que se refere à norma, seja de índole objetiva ou subjetiva, sirva para qualificar ao fato como injusto". E completa: "é exclusivamente dessa circunstância (vontade) de onde pode surgir o injusto, que, evidentemente, seria difícil de enunciar a partir de um mero juízo objetivo integrador da norma". QUINTERO OLIVARES

Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel*Curso de Derecho penal*... cit., p. 18-19.

57 Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 323.

58 A teoria da motivação foi aventada primeiramente por Gimbernat Ordeig, que a desenvolveu em vários trabalhos, entre os quais se destacam os seguintes: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal' *Estudios de Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 148; também Enrique Gimbernat Ordeig. El sistema del Derecho penal en la actualidad *Estudios de Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 174 e 180. A tese foi adotada, com alguns matizes distintos, por Muñoz Conde, quem refere que o "fundamento material da culpabilidade deve ser buscado na função motivadora da norma penal [...]. A norma penal se dirige a indivíduos capazes de motivar-se em seu comportamento por comandos normativos. O importante, não é que o indivíduo possa escolher entre vários fazeres possíveis; o importante é que a norma penal o motiva com suas ordens e proibições para que se abstenha de realizar um destes vários fazeres possíveis que é exatamente aquele que a norma proíbe com a ameaça de uma pena". MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍ ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., 5. ed., p. 363.

59 Nesse sentido, por exemplo: GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Direito penal*... cit., v. p. 644.

60 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*... cit., t. I, p. 343.

61 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*... cit., t. I, p. 344.

62 Cf. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Claus. *Direito Penal. Parte Geral*... cit., p. 4:

63 Refere Quintero Olivares que "ao prescindir da concepção do delito como lesão colocação em perigo de um bem jurídico, preferindo-se entendê-lo como simples infração do dever, ficamos próximos dos riscos de um sistema puramente autoritário". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fern PRATS CANUT, Miguel. *Curso de Derecho penal*... cit., p. 17.

64 WELZEL, Hans*Derecho penal alemán*. 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 3.

65 *V. g.*: A escola de Kiel reconheceu a lesão do dever como conteúdo material do injusto. Para George Dahm e Friedrich Stchaffstein, o principal era o povo

entendido como uma totalidade real: sangue, solo, gerações passadas, presentes e futuras. O Estado se constitui no intérprete desse "espírito do povo". O indivíduo, nessa ordem de coisas, deve fidelidade ao povo, portanto, o delito não constitui uma lesão ao bem jurídico, mas uma 'lesão ao dever'. Por isso, se qualificou o bem jurídico como um conceito inútil. As consequências negativas dessa concepção do injusto são mais que conhecidas pela legislação penal da Alemanha Nazista.

66 MEZGER, Edmund. Die subjektiven Unrechtselemente*Der Gerichtssaal*, n° 89, Erlangen: Ferdinand Enke, 1924. p. 207 ss.

67 Cf. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRA CANUT, Miguel. *Curso de Derecho penal*... cit., p. 18-19.

68 Não se desconhece as tentativas de revitalizar o debate entre valoração e determinação, levantando questões não totalmente resolvidas sobre a norma como determinação e como valoração e discutindo a influência dessa escolha para o reconhecimento da teoria do delito como uma teoria da infração ou como uma teoria da imputação. Assim, por exemplo: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión sobre la teoría de las normas. *Normas y Acciones en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 15-39. O que pretende Silva é apresentar uma alternativa à perspectiva de Jakobs, que prega uma concepção normativa baseada unicamente no objetivo de estabilizar as expectativas contrafáticas. A proposta de Silva é reconhecer a necessidade de adição de uma dimensão diretiva e outra valorativa na norma que visa a estabilização das expectativas. Porém, resulta óbvio que ele volta a cair em um ciclo vicioso com a proposta, na medida em que não faz mais que somar às perspectivas da norma como determinação e como valoração a perspectiva de estabilização de expectativas, deixando de lado o que importa, que é investigar o que se encontra por trás dessas perspectivas normativas, ou seja, a questão de desvendar o que se pretende com a afirmação da norma, ou seja, quais são as pretensões que ela desvenda, em resumo, o verdadeiro *sentido* da norma. De todo modo, Silva tangencia, ainda que de modo bastante tênue, o ponto chave para desvendá-lo: o estabelecimento de um processo de comunicação, que não deve ser, como ele sustenta, entre a norma e o cidadão, porque a norma não atua como interlocutor, mas sim entre o cidadão e os demais membros da sociedade, valendo-se da norma como instrumental linguístico-comunicativo.

69 Coisa que, em certa medida, já fora adredemente percebida por Larenz, quando observou que a essência da norma figura em seu sentido linguístico. Confira-se: LARENZ, Karl. *Matodologia da ciência do Direito*... cit., p. 270-297.

70 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal*... cit., p. 341.

71 A evidência de que o trabalho de Vives Antón "traslada a discussão interna da sistemática penal ao novo cenário científico da Filosofia geral e da Sociologia" já faz eco inclusive na doutrina brasileira mais corrente, conforme evidenciado em Luiz Flávio Gomes (Org.). *Direito penal*... cit., v. 1, p. 654.

72 Nesse sentido a precisa explicação de Carlos Martínez-Buján Pérez. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 39.

73 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*... cit., p. 39.

74 Já Larenz pregava o afastamento entre o direito e as chamadas "ciências científicas" com base na impossibilidade de afastamento entre o sujeito cognoscente e o objeto do seu conhecimento. Confira-se em Karl Larenz. *Metodologia da ciência do Direito*... cit., p. 270.

75 HESPANHA, António Manuel. As escolas de Direito têm que ensinar mais vida e menos teorias sobre a vida. *Entrevista publicada na Revista Direitos dos Humanos*, da FEMPAR-Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Curitiba: FEMPAR, out. 2009, p. 15.

76 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*... cit., p. 40.

77 "Daí a crítica que VIVES efetua às dogmáticas penais dominantes (tanto as tradicionais concepções imperativistas como as modernas concepções funcionalistas) que, na tarefa de compreensão da norma penal, concedem uma importância excessiva à *racionalidade teórica* (assinalando à norma uma pretensão de verdade, como se fosse um objeto de estudo científico) em detrimento da *racionalidade prática* (que atribui à norma uma pretensão de justiça) e conduzem a entender a norma como um *dever ser relativo*. Ao contrário destas dogmáticas, uma norma penal assentada na racionalidade prática se reafirma por si mesma, e não com relação a nenhum fim." MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*... cit., p. 40.

78 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal*... cit., p. 339.

79 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal...* cit., p. 468.

80 Decorre daí o crescente abandono do mito da *verdade real* no processo penal. Ve se, a respeito: MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal.* 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003; e HASSEMER Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal.* Ciudad de México: Ubijus, 2009.

81 "A filosofia pós-positivista busca um equilíbrio entre o silogismo e a tópica, reconhecendo que o direito admite uma superposição entre duas esferas: a esfera da compreensão da norma, de um lado, e a esfera de compreensão do fato, de outro [...]." BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise dogmática e n Direito penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais,* n° 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2004, p. 177.

82 Nesse sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico.* cit., p. 45.

83 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de Derecho penal...* cit., p. 14.

84 "A norma penal consta de dois elementos: o preceito ou hipótese fática e a consequência ou sanção." GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 241.

85 "Terminologicamente, costuma-se distinguir: preceito e sanção, ou 'suposto de fa – ou simplesmente: 'preceito' – e 'consequência jurídica'. Considero mais acertada a terminologia dominante, isto é, a que distingue entre: 'preceito' e 'consequência'. [...] Contra quem distingue entre 'preceito' e 'sanção', se esgrimiram objeções, a meu entender, justificadas, que recomendam – para evitar equívocos – se prescinda de tais termos. [...] 'seu uso não é recomendável porque induz a pensar que o preceito é uma parte da lei penal quando, em realidade, forma um todo incindível com sua consequência: o preceito carece de valor e sentido sem a sanção, pois a lei é uma unidade'". GARCÍA-PABLOS D MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 241. Com a mesma orientação, José María Rodríguez Devesa e Alfonso Serrano Gómez. *Derecho penal español. Parte general*. 17. ed. Madrid: Dynkinson, 1994. p. 185; MORILLAS CUEVAS Lorenzo; RUIZ ANTON, L. F. *Manual de derecho penal. Parte general*, I. *Introducción e Ley penal.* Dirigida por Manuel Cobo del Rosal. Madrid Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 60.

86 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de Derecho penal...* cit., p. 14.

87 Entre eles: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 2

88 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* cit., p. 28.

89 "Que um mesmo *enunciado* ou *preceito legal* sirva de base a mais de uma *norma* penal é o que acontece com todas as proposições jurídicas ou disposições da Parte Especial do Código. Este contém, com efeito, duas *normas*: uma dirigida ao Juiz, obrigando-o a impor uma pena caso se cometa o delito (norma *secundária*) e outra (norma *primária*), que se dirige ao cidadão proibindo-lhe a comissão do fato delitivo." GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 241.

90 "O enunciado legal que castiga um fato com uma pena deve interpretar-se, pois, como forma de comunicação de duas normas distintas: de uma norma proibitiva, dirigida ao cidadão, que chamaremos '**norma primária**' e de uma norma que obriga a castigar, dirigida ao Juiz, a qual designaremos como '**norma secundária**'." MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* cit., p. 28.

91 "Na lei penal nós podemos também, por comodidade científica, separar conceitualmente o puro *preceito* (ex.: tu não deves roubar) da pura *sanção* (quem rouba deve ser punido etc.) e chamar o primeiro, se assim apetece, uma prescrição jurídica *primária* ou *principal* e a segunda uma prescrição jurídica *secundária* ou *acessória*." ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena.* Trad. de Gerónimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2001. p. 78.

92 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* cit., p. 29.

93 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* cit., p. 29.

94 Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Direito penal...* cit., v. 1, p. 625.

95 Mir Puig sustenta que nem mesmo as normas da parte especial podem ser consideradas *completas*, dada que sua aplicabilidade sempre depende do cotejo de outras da parte geral. Nesse sentido: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* cit., p. 32. A opinião, no entanto, soa exagerada, já que aqui se trata simplesmente de reconhecer a norma de seu ponto de vista estrutural, e não de sua aplicabilidade. Do ponto de vista *formal-estrutural*, logicamente as normas incriminadoras de parte especial podem ser consideradas completas, mesmo que,

para sua *aplicabilidade material,* dependam do cotejo com outras. Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco*Introducción al Derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1975. p. 14-15.

96 A referência a tais bens jurídicos normalmente é associada a uma ideia de um *Direito penal secundário, acessório*. Utiliza-se a expressão *Nebenstrafrecht*, querendo destacar a característica de acessoriedade (*neben* é uma preposição utilizada para indicar um objeto que está ao lado de, perto de ou junto a outro), de colateralidade em face do Direito penal que se dirige aos bens jurídicos centrais em qualquer organização social como a vida ou a integridade física.

97 Conde-Pumpido entende apropriado recorrer à proteção dos bens jurídicos difuso mediante o recurso da lei penal em branco. E com relação ao bem jurídico meio ambiente, propõe quatro perguntas: "1. Por que se protege penalmente o meio ambiente? Por razões constitucionais (é um imperativo do art. 45.3 da Constituição Espanhola) e por razões sociais (existe uma acoçadora demanda social) e por razões dogmáticas (cumpre os três requisitos do princípio de intervenção mínima: é um bem jurídico digno de proteção penal, necessitado de proteção penal e suscetível de proteção penal); 2. O que se protege mediante estas sanções penais? Um bem jurídico autônomo: o meio ambiente ou equilíbrio dos sistemas naturais. Autônomo tanto a respeito dos bens jurídicos tradicionais como da normativa ou atuação administrativa; 3. Quando se deve proteger penalmente? Conforme o princípio de intervenção mínima, nos casos de agressões mais graves quando seja conveniente a utilização de sanções privativas de liberdade que, conforme a Constituição Espanhola, não podem ser impostas pela Administração; e 4. Como se tutela? Mediante a utilização de duas técnicas específicas: a técnica dos delitos de perigo e a técnica de reenvio à normativa administrativa. Esta última é necessária por razões de unidade do ordenamento jurídico, certeza ou segurança jurídica e eficácia". CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. Complementariedad de la tutela penal e l administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde las perspectivas do derecho penal, Las fronteras del Código Penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador, *Cuadernos de derecho judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997. p. 440-441.

98 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal...* ci p. 19.

99 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Competencia indirecta de las comunidade autónomas en materia de derecho penal?, *La Ley*. Madrid: La Ley, 1993. p. 978.

100 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales. *Cuadernos Civitas*. Madrid: Civitas, 1999. p. 17.

101 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión*... cit., p. 18.

102 "Um perigo também inerente a esta desformalização é a tendência às leis indeterminadas, utilizando conceitos vagos ou deixando na penumbra os limites entre criminalização e descriminalização [...] que deixam em mãos do juiz a responsabilidade final de castigar dentro de uma ampla margem de discricionariedade." HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisc *Introducción a la Criminologia e al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 22.

103 Confira-se em Karl Binding. *Die Normen und ihrer* Übertretung. *Eine Untersuchung* über *die rechtmäßige Handeln und die Arten des Delikts*. 2. ed. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1890. v. II, 1.

104 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases*... cit., p. 33.

105 MEZGER, Edmund. *Strafrecht,* ein *Lehbruch*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1933. p. 196. Também há versão em espanhol: MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*... cit., t. I, p. 396.

106 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*... cit., t. I, p. 397.

107 Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1° desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

108 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 254-255.

109 Assim, por exemplo, em Reihart Maurach e Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte General 1*. Trad. de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 134. Entre nós: HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 1, t. I, p. 89.

110 SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. ed. Tübingen: J. C B. Mohr, 1984. p. 116.

111 Nesse sentido: MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*... cit., t. I, p. 397.

112 Nesse sentido: STAMPA BRAUN, Jose María*Introducción a la ciencia del Derecho penal*. Valladolid: 1953. p. 33.

113 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*... ci p. 19. Também em Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán.*Derecho penal. Parte General*.... cit., 5. ed., p. 38.

114 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*... cit., p. 33.

115 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de Derecho penal*... cit., p. 22.

116 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de Derecho penal*... cit., p. 22.

117 Mercedes García Arán é contundente ao declarar a inconstitucionalidade do que e denomina as remissões em bloco a normas emanadas de instâncias sem competência legislativa em matéria penal. GARCÍA ARÁN, Mercedes Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e intercambio científico de la Universidade de Santiago de Compostela, 1992/1993. t. XVI, p. 100-101.

118 GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas... cit., p. 66-67.

119 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., 5. ed., p. 39.

120 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de Derecho penal*... cit., p. 23.

121 Cf. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Manual de Derecho penal*... cit., p. 147.

122 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*... ci p. 21-22.

123 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de Derecho penal*... cit., p. 23.

124 Sobre os efeitos jurídicos do reconhecimento das hipóteses de erro, veja-se § 12 desta obra.

125 NUÑEZ, Ricardo C.*Derecho penal Argentino. Parte general*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1959. p. 47.

126 "A utilização do sistema de reenvio (Lei penal parcialmente em branco) é o mais conveniente, pois de outro modo a tipificação careceria de determinação e padeceria uma permanente obsolência." CONDE--PUMPIDO TOURÓI Cándido. Complementariedad de la tutela penal... cit., p. 442.

127 Nesse sentido, por exemplo: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁ Mercedes. *Derecho penal. Parte General...* cit., 5. ed., p. 38-39; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Migu *Curso de Derecho penal...* cit., p. 24-25. Em sentido contrário, adotando uma postura radical de contrariedade a essa técnica legislativa, posicionam-se coerentemente os defensores de uma postura criminológica radical. Por exemplo: ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKA Alejandro. *Direito penal brasileiro* I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 206 SANTOS, Juarez Cirino dos.*Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 53. Não deixa de ser curioso, porém, que a crítica se faça a partir de uma ideia de inconstitucionalidade, buscando apoio crítico também em uma norma positiva (Constituição) e não nas garantias fundamentais derivadas do Estado de Direito plasmado em princípio de legalidade.

128 Alguns autores chegam a buscar amparo na Constituição a par do princípio de legalidade, como por exemplo: SILVA, Pablo Alflen da. O risco da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito Penal da sociedade do Risco. *Política Criminal,* n° 3, 2007, A7, p. 20. Não obstante a validade dos argumentos principiológicos, o amparo na Constituição é demasiado frágil e representa pouco mais do que a transferência de esferas positivas que, em termos de garantias fundamentais, pode ser apenas sazonal.

129 Conde-Pumpido comenta ainda que: "tendo em conta – como já se expressou – qu em matéria de meio ambiente corresponde à normativa administrativa estabelecer o primeiro nível de proteção de caráter preventivo e tendo sobretudo em conta a necessidade de conciliar proteção ambiental e o desenvolvimento, este requisito normativo funciona como cláusula de garantia ao assegurar que enquanto se atue no âmbito do autorizado administrativamente não há risco de persecução penal". CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándid Complementariedad de la tutela penal... cit., p. 445.

130 "Esta opção, por outro lado, põe de manifesto a ausência de diferenças essenciais entre delitos e infrações administrativas que, em alguns casos como o delito

Fiscal, se distinguem unicamente por dados quantitativos nos que se situa a fronteira com relação à infração administrativa." GARCÍA ARÁN, Mercedes Remisiones normativas... cit., p. 101. Servem de exemplo julgados das Cortes Superiores Brasileiras em matéria criminal tributária. Confira-se: RE 536486-RS, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, j. em 26/8/2008 – STF, e também H 82226-SC, Relatora: Min. LAURITA VAZ, j. em 27/4/2009, 5ª Turma do STJ.

131 Cf. RODRIGUEZ RAMOS, Luiz. Reserva de la ley orgánica para las norm penales, *Comentarios a la legislación penal, I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982. p. 306; Também, Blanco Bozano, citando Maurach, sustenta que as normas penais em branco são aquelas que, na definição dos concretos tipos de delito, incorporam elementos normativos alheios ao direito penal, "A possível inconstitucionalidade das normas penais em branco". BLANCO BOZANO, C. *La Ley*, año XXII, n° 5.243, Madrid: La Ley, 8 Feb. 2001, p. 1. Na Alemanha também adota esse perfil Klaus Tiedemann, que acaba confundindo *normas penais em branco* com *normas penais abertas*. Afirma o autor que "no âmbito da tipicidade, é característico do Direito penal económico o uso de normas penais em branco, ou seja, normas 'abertas' total ou parcialmente que são remetidas para ser completadas e complementadas por normas de nível inferior ao de lei." TIEDEMANN, Klaus*Lecciones de Derecho penal Económico*. Barcelona: PPU, 1993. p. 158. Para uma crítica específica e resumida à postura de Tiedemann, veja-se: SILVA, Pablo Alflen da. O risco da técnica de remissão... cit., p. 6-7.

132 Muñoz Conde observa que "a estrutura destes delitos é, por conseguinte, similar à das normas penais em branco, pois para completar o preceito da norma penal em questão, é necessário acudir a uma norma extrapenal de caráter regulamentar ou administrativo. MUÑOZ CONDE, Francisco*Introducción al Derecho penal*... cit., p. 24.

133 García Arán é contundente ao declarar a inconstitucionalidade do que ela denomi as remissões em bloco a normas emanadas de instâncias sem competência legislativa em matéria penal. GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisione normativas... cit., p. 79.

134 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*... cit., p. 23.

135 "[...] o elemento que para nós decide sobre a autoria constitui uma infração de um dever extrapenal que não se estende necessariamente a todos os implicados no

delito, mas que é necessária para a realização do tipo. Trata-se sempre de deveres que estão antepostos no plano lógico à norma e que, em geral, originam-se de outros ramos do direito". ROXIN, Claus.*Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 387.

136 No original: "*Wenn es nämlich der Verstoβ gegen die aus einer übernommenen sozialen Rolle erwachsende Pflichtenstellung ist, die bestimmte Tatbestände konstituiert, dann ist es unter dem Gesichtspunkt der nullum-crimen-problematik offenbar glichgültig, ob dieser Verstoβ durh tun oder Unterlassen erfolgt*". ROXIN, Claus.*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem.* Belin-New York: Walter de Gruyter, 1973. p. 18.

137 Confira-se em Claus Roxin.*Autoría y dominio del hecho...* cit., p. 388-413; e ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem...* cit., p. 21.

138 A respeito da violação de dever como centro da incriminação, resulta altamente interessante o estudo desenvolvido por Juarez Tavares a respeito do crime imprudente. O autor defende a ideia de que o crime imprudente não é, em essência, um tipo aberto à valoração judicial, mas sim um tipo fechado, complementado justamente pela violação da norma de cuidado imposta para a determinação do risco. A proximidade do estudo com os *Pflichtdelikte* de Roxin resulta evidente quando o autor comenta o seguinte: "É lícito afirmar-se que tanto o delito culposo omissivo quanto o delito culposo comissivo têm a lesão ao dever de cuidado como referência à violação do risco autorizado. Além disso, porém, no delito culposo omissivo, subsistem outros deveres: o de garantidor, imposto pessoalmente ao sujeito, segundo suas relações de proteção a determinados bens jurídicos, o de responsabilidade por determinadas fontes de perigo, ou um dever geral de assistência e, ainda, outras circunstâncias típicas". Confira-se em Juarez Tavares. *Teoria do Crime culposo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 280-281.

139 Como obseva García Arán, "a incorporação da infração administrativa aos elementos típicos, limita a intervenção penal reduzindo o âmbito de proteção do bem jurídico que o Direito penal aspira tutelar". GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas... cit., p. 102.

140 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito...* cit., p. 284.

141 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 60.

142 Para uma breve explicação sobre as dimensões da linguagem, em seu sentido sintático, semântico e pragmático, veja-se: DIMOULIS, Dimitri*Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 149-150. Para uma mais profunda compreensão das dimensões do ato de fala, como expressão da linguagem, veja-se: AUSTIN, J. L.*Cómo hacer cosas con palabras*. Trad. de Genaro Carrió e Eduardo Rabossi. Barcelona: Paidós, 2006.

143 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 59.

144 Para uma crítica pragmática da pretensão absolutista dos modelos científicos positivistas, que ele denomina *racionalismo diminuído*, veja-se: HABERMAS Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 2007. p. 45-70.

145 "Não se pode falar, especificamente, de uma Lógica 'Jurídica'. É a Lógica Geral que tem aplicação tanto às proposições descritivas da Ciência do Direito – até onde a Lógica Geral é aqui aplicável – quanto às prescribentes normas do Direito." KELSEN, Hans.*Teoria Geral das Normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 349.

146 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 60.

147 KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*... cit., p. 288-289.

148 Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2008 p. 16.

149 Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

150 Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

151 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 68. Rebatendo críticas, em defesa do silogismo: DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*... cit., p. 91-92.

152 *Topik und Jurisprudenz*. Há tradução brasileira: VIEHWEG, Theodor.*Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

153 Esta, para Viehweg, é a única forma de suplantar as questões aporéticas: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*... cit., p. 33-34.

154 "É necessário reconhecer o problema mesmo, como já colocado e como guia

atuante. Caso se pense num sistema explícito, evidentemente, isto não poderá subsistir." VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência...* cit., p. 34.

155 Nesse sentido, refere Cláudio Brandão que "para o método tópico, deve-se fazer um processo semelhante ao dos romanos para chegar-se à decisão jurídica: os romanos consideravam o Direito uma arte, porque o pretor em caso concreto construiria a decisão boa e justa. É essa a definição de Celso *Ius ars boni et aequi*. A tópica defende, pois, que a decisão deve brotar sempre do caso em si". BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal...* cit., p. 16-17.

156 "Para uma elucidação, empregam-se as relações hauridas desde a forma de expressão da nova semiótica e, para tanto, distingue-se entre o aspecto sintático, semântico e pragmático de uma forma de linguagem. A sintaxe, deve, porém, ser considerada: a coesão de signos com outros signos. A semântica: a coesão de signos com objetos, cuja designação é mantida. E, a pragmática: a coesão situativa na qual o signo deve ser analisado em cada uso a partir da circunstância." VIEHWEG, Theodor.*Tópica e Jurisprudência...* cit., p. 109-110.

157 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência...* cit., p. 109 ss.

158 Nesse sentido: VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal...* cit., 482, para quem "a dogmática não é nenhuma classe de ciência, mas apenas um modo de argumentar". A pretensão de ciência do modelo jurídico silogístico e sua incompatibilidade com a tópica já havia sido apontada antes por Viehweg: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência...* cit., p. 81-82.

159 VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del Sistema penal...* cit., p. 482.

160 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal...* cit., p. 17.

161 Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal...* cit., p. 19-20.

162 Nesse sentido: QUEIROZ, Paulo. *Direito penal. Parte geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 9.

163 Nesse sentido a lição de Karl Larenz, ao afirmar que "não se pode decerto 'mostrar' o normativo de uma maneira palpável, como um objecto perceptível pelos sentidos. No entanto, é indubitável que uma criança compreende que deve fazer ou não pode fazer algo, quando tal lhe é indicado. O passo seguinte poderia ser o facto de que a criança constata que não só a ela que se fazem exigências, mas também aos outros. Muito cedo, porém, ela vem a desenvolver também um

certo poder de distinção relativo a se tais exigências são 'justificadas' ou não. Sente-se 'injustamente' tratada quando se lhe exige algo que ultrapassa as suas forças, que não se exige a outros da sua idade, assim como se se lhe não concede aquilo que julga, devidamente ou não, ser de seu 'direito'. Provavelmente são estas 'vivências-chave' que possibilitam a todo indivíduo, desde tenra idade, o acesso à esfera normativa". LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*... cit., p. 280.

164 VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del Sistema penal*... cit., p. 477 ss.

165 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 146.

166 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 145.

167 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 146.

168 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 146.

169 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 62-63.

170 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 149.

171 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 150.

172 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 150.

173 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 150.

174 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 162-163.

175 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 152.

176 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 146.

177 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 63.

178 A doutrina tem referido duas formas de analogia: *analogia legis*, quando utilizado como complemento da hipótese análoga um dispositivo de *lei*, e *analogia juris*, quando o complemento utilizado é um princípio geral de direito. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 155-156.

179 Veja-se, por exemplo, o emprego que faz Roxin da metodologia tópica dos grupos de casos no estudo oferecido por ele sobre a imputação objetiva, situação metodológica da qual derivou, certamente, a imensa dificuldade de penetração

doutrinária da referida teoria no Brasil. Cf. ROXIN, Claus *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier d Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I, p. 362 ss.

180 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 64.

181 Ao menos não em um sistema jurídico-penal baseado no *Civil Law*, já que nos sistemas jurídicos do *Common Law* as decisões sobre incriminação classicamente se baseiam em precedentes legais. Cf. STRATENWERTH Günter. *Derecho penal. Parte General* I. Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Navarra: Thompson-Civitas (Aranzadi), 2000. p. 77-81. No Brasil: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 67.

182 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 155.

183 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 65.

184 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., t. I, p. 147 ss; JESCHECK Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 145-146; MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz *Derecho penal. Parte General* I... cit., p. 163-164. No Brasil: BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado*... cit., p. 157-159; também nosso Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya. *Introdução ao Direito penal. Bases para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 141 ss.

185 Defendendo esse ponto de vista, Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 65. De modo ***diferente***, bastante mais distendido, admitindo que a interpretação analógica está coberta pelo "sentido literal possível" ROXIN Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., t. I, p. 149; também: JESCHECK Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 170.

186 Nesse sentido: STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General* I... ci 2000, p. 80. Também, usando a expressão *vontade*, ao invés de sentido ou espírito, confira-se: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 154-157.

187 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., t. I, p. 147 ss; JESCHECK Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 145-146; MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General I*... cit., p. 163-164. Admitindo, paradoxalmente, que o *significado* ou *sentido* da analogia é que é o decisivo em direito penal para o estabelecimento da distinção

a favor e contra o réu, veja-se Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 66.

188 Sobre a dimensão política do princípio de legalidade e sua imposição em face da analogia, veja-se nosso Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya *Introdução ao Direito penal*... cit., p. 128 ss. Não é outra, aliás, a interpretação que dava Max Ernst Mayer, quem primeiro logrou uma justificação concreta do uso de analogia *in bonam partem*, explicando sua conjugação com o princípio de legalidade através da distinção entre a analogia permitida, que ele denominou *intra legem*, e a analogia vedada, que ultrapassava os limites de legalidade, convertendo-se em *contra legem* ou *praeter legem*. A propósito, veja-se: MAYER, Max Ernst. Trad. de Sérgio Politoff Lifschitz *Derecho penal*: parte general. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2007. p. 33-35.

189 SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 1999. p 170.

190 SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 1999. p 183.

191 SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 1999. p 184.

192 SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 1999. p 184-185.

Capítulo 5

PRESSUPOSTOS ESTRUTURAIS DA TEORIA DO DELITO – AS PRETENSÕES DE VALIDADE DA NORMA PENAL

1 O DELITO

O delito é, sem dúvida, o objeto sobre o qual se debruça o Direito penal. É um verdadeiro centro gravitacional do estudo jurídico-penal. Como todo objeto de estudo, o delito também pode ser abordado de várias formas. É possível considerar o delito como fato social, verificar suas condicionantes e suas consequências na relação social em que se vê inserido, é possível considerá-lo a partir de uma perspectiva criminológica dentro da ideia dos processos de criminalização, observando o modo pelo qual se determina o que vai ser crime e como reage o sistema penal ao fato concreto que se pretende incriminar. É possível, ainda, observar o delito a partir de sua dimensão jurídica, ou seja, a partir de como as instituições normativas formais se organizam em torno do fenômeno delitivo.

Porém, mais importante do que entender que o fenômeno criminal pode ser visto desde todos esses variados ângulos é perceber que nenhum deles é estanque. Ou seja, o conhecimento deste outro ponto de vista de um mesmo objeto enriquece qualquer concepção. Assim, ainda que aqui se tome como objeto de estudo a formulação estrutural normativa do fenômeno criminal, é importante estabelecer que, nessa concepção, não são desprezadas as contribuições de outros pontos de vista e que, inclusive, a própria concepção dogmática, enquanto estrutura que pretende relacionar-se com o fenômeno delitivo, ganha em consistência na medida em que não despreza os conhecimentos obtidos desde outros ângulos de abordagem da questão criminal.

É fundamental, no entanto, entender que as tentativas de organização de uma rede

de conceitos dogmática, renovada uma e outra vez, sempre devem estar orientadas à busca utópica da realização do justo.

Daí a necessidade de conceber a teoria do delito como um mero instrumento, uma verdadeira gramática, um conjunto de regras que pretende facilitar a compreensão de sentido do que possa ser considerado delito e das consequências dessa concepção.

2 A INSTRUMENTALIDADE DA TEORIA DO DELITO

Evidentemente, a estruturação da teoria do delito é nada mais do que a composição de um veículo normativo que pretende servir de interface entre o fenômeno criminal e as instituições estatais.

A composição do Estado como forma de organização social leva à composição de normas. Na verdade, toda a organização social depende, para sua sobrevivência, de uma organização em torno de regras, pois isso compõe a essência do relacionamento interpessoal. O Estado não é mais que uma das múltiplas formas dessa organização social. Assim, o Estado edita normas que diferem, quiçá, de outra classe de normas apenas por uma questão de grau de formalização. A formalidade, porém, não é uma característica intrínseca da norma, mas apenas uma identidade da forma de Estado em que vivemos, ou seja, do modelo de Estado legal, formal e nacional.

É de lembrar que as comunidades humanas já estiveram organizadas em torno de outras formas sociais diferentes do Estado-nação e certamente voltarão a estar, com diferentes identidades normativas também.

De toda forma, é interessante notar que as estruturas normativas das organizações sociais são sempre dirigidas a objetos ou situações determinadas e visam sempre determinados objetivos.

Assim, é de ressaltar que a organização das teorias do delito sempre estará voltada para compor uma rede de conceitos que se destina a dar diretrizes de atuação perante o fenômeno criminal. O crime é o objeto em torno do qual essa rede de conceitos se organiza e em função do qual está instrumentalizada.

A par disso, diversos objetivos de Estado, sociais, de grupos de poder, de

influências políticas, enfim, todas as características do momento histórico e social em que uma determinada fórmula jurídico-penal de identificação do crime se vê organizada, são refletidos em sua composição.

Assim, é possível dizer que a teoria do delito é uma rede de conceitos instrumentalizada em torno de identificar o crime como fenômeno, influenciada pela tendência histórico-social de cada momento e local.

A prova dessa instrumentalidade é que é perfeitamente possível, em uma hipotética organização social emergente, criada ao instante, organizar uma estrutura de um conjunto de regras visando a identificação do crime, sem a utilização sequer do linguajar técnico-jurídico.

3 UMA TEORIA DO DELITO SEM TERMINOLOGIA TÉCNICA

O trabalho dogmático de cerca de 200 anos no âmbito da teoria do delito consistiu, basicamente, na formulação de um sistema de imputação capaz de dotar de um certo nível de segurança jurídica as soluções propostas pelo Estado para a solução do dilema que constitui a prática delitiva. A rigor, como refere José Ramón Serrano-Piedecasas, "um penalista dos anos trinta e outro dos anos noventa não duvidariam em definir o delito como "conduta típica, antijurídica e culpável, ademais da eventual integração de outros componentes da punibilidade".[1] É possível inclusive descrever a referida estrutura sem nenhuma discrepância de opiniões. O que tem variado entre as distintas vertentes e escolas de direito penal é a interpretação do conteúdo de cada um desses elementos.

É possível, assim, apresentar como introdução à teoria do delito um breve resumo da estruturação do mencionado sistema, com vistas a destacar simplesmente a existência de um sistema de imputação que se ocupa da atribuição de responsabilidades penais em face das práticas delitivas. Para apresentá-lo não é necessário o uso da terminologia técnica, permitindo a compreensão daquele leitor que deita os olhos por primeira vez neste estudo e, para aquele leitor já familiarizado ao jargão jurídico é possível demonstrar que a estruturação de um sistema de imputação não depende da adoção daquele e mais, que é o conteúdo e não a

disposição das categorias que determina o perfil da intervenção social jurídico-penal.

O ponto de partida, sem dúvida, deve ser o fato de que o direito penal pretende ser um meio de controle social. Esse controle social refere-se, evidentemente, à conduta dos cidadãos. A intervenção penal aparece para o controle social das condutas intoleráveis. Essas condutas, sem dúvida alguma, tanto podem ser positivas quanto negativas, ou seja, tanto podem implicar em uma atuação quanto em uma omissão.

O primeiro elemento que se deve analisar, então, para o estudo do crime, é a existência de uma ação ou omissão, sem a qual não existe delito. A ação positiva ou negativa estabelece, portanto, um limite negativo em relação à existência do delito. Onde não há ação ou omissão jamais haverá delito, porque não é razoável punir alguém que nada fez. Não se castiga penalmente ninguém pelo que é, apenas pelo que faz.

Entretanto, não basta a existência de uma ação ou omissão, mas é necessário também que essa ação ou omissão produza um resultado digno de merecer a intervenção penal. Aquela ação ou omissão e que não oferece qualquer nível de lesão ou perigo ao bem jurídico digno de proteção penal tampouco pode constituir crime.

Assim, ação e resultado são dois tópicos que constituem os âmbitos de desvaloração que fazem reconhecer o crime.

Outrossim, convém dizer que não se trata simplesmente da ação ou omissão e do resultado como dois objetos que não tenham relação um com o outro. Quer dizer, por exemplo, se o indivíduo ficou em casa torcendo para que seu inimigo se ferisse e este tropeçou em uma pedra na rua e efetivamente caiu e quebrou um braço, isso não significa que o “torcedor” mereça o castigo pela prática do crime de lesões corporais. Evidentemente, essa ação, esse resultado, não estão interligados por uma relação de causalidade.

Havia que se estabelecer, dentro do sistema penal, uma regra de responsabilidade onde somente geraria responsabilidade penal a realização de uma ação que causasse um resultado.

Por outro lado, é certo que nem todas as ações são puníveis, mesmo aquelas que

causam resultado. É necessário que esse resultado e essa ação estejam previstos no ordenamento jurídico como delitos. Ou seja, todo delito é composto de ação ou omissão, mas nem toda ação ou omissão é delito. Para que a ação ou omissão que produz o resultado seja considerada delito é necessário que esteja prevista em lei em vigor anteriormente à sua realização. Esta é uma decorrência do princípio de legalidade. Só é crime a conduta realizada quando houve prévia cominação legal.

Também se deve considerar, no que tange a essa previsão legal, que não é simplesmente uma livre escolha do legislador o que deve ser ou não deve ser delito. Uma vez que se reconheça que o Direito penal é um instrumento de controle social usado somente em último caso, é necessário reconhecer que somente será válida a previsão legal que descreve um delito se estiver presente uma efetiva violação grave de um bem jurídico essencial para o desenvolvimento do indivíduo na sociedade. Assim, mesmo que uma conduta esteja em consonância com a previsão legal, esta é apenas a dimensão formal do delito. É necessária também uma dimensão material, que é constituída justamente da violação de um bem jurídico que mereça proteção penal.

Essa violação de um bem jurídico, prevista em lei, pode assumir duas formas: pode ser intencional ou decorrente de um descuido. A atuação do sujeito que comete um crime pode ter sido fruto de seu desejo em realizá-lo. Aquele que realiza uma conduta prevista em lei como crime e com a intenção de alcançar o resultado ali descrito sofre uma grave repressão de parte do direito penal. Por outro lado, a ordenação social também exige que se obedeçam determinados padrões de cuidado para evitar a realização de condutas que oferecem um grande risco de ofender os bens jurídicos protegidos pelo Direito penal.

Desse modo, o legislador prevê e, entre as normas de Direito penal, tanto condutas que intencionalmente lesam os bens jurídicos, quanto condutas que mesmo que não se dirijam a ofender intencionalmente os bens jurídicos, causam essa ofensa porque implicam no descumprimento de um dever de cuidado.

Evidentemente, nessas duas diferentes hipóteses o Direito penal reage também de modo diverso, castigando mais gravemente as situações em que o sujeito pretende alcançar o resultado proibido do que aquelas onde este é alcançado sem intenção.

Estes são dois pontos extremos das hipóteses delitivas. Entre os dois extremos existe uma série de outros casos intermediários. Por exemplo, as situações em que o sujeito, embora não deseje a realização do resultado, anui com ele, ou situações em que levianamente acredita que sua atitude perigosa não produzirá o resultado que é mais do que provável. Esses matizes intermediários são merecedores de reprovação também em escala intermediária entre a realização do delito em obediência a um desejo ou por ausência de um dever de cuidado objetivo.

É possível então dizer que todo crime é uma conduta (ação ou omissão) que produz um resultado e que está prevista no ordenamento jurídico, correspondendo a uma ofensa a um bem jurídico, provocada intencionalmente ou por ausência de um dever de cuidado. Por outro lado, seriam todas essas condutas **sempre** consideradas delito?

A resposta deve ser negativa. É que a previsão legal sempre cuida das situações normais, ou seja, das circunstâncias que têm lugar dentro das regras normais dos acontecimentos.

Mas a vida humana não é assim. Nem sempre o transcurso das situações ocorre em circunstâncias normais. Muitas vezes os fatos ocorrem dentro de circunstâncias excepcionais. Regras que são obedecidas em circunstâncias normais eventualmente podem ser violadas se a situação for excepcional. Por exemplo: ninguém pode exigir que o vigia permaneça em seu posto se o quartel sofre um incêndio.

O mesmo ocorre com as regras de Direito penal. Elas são propostas e pensadas para situações normais. Quando estamos diante de situações excepcionais, outras regras devem entrar em jogo.

Por isso, é necessário estabelecer um grupo de regras que permitissem sopesar valores quando se está diante da violação de uma regra penal ocorrida em circunstâncias excepcionais. Essas regras servem para justificar a realização de uma conduta prevista em lei como crime. Praticado o crime, porém reconhecida a presença de uma regra que justifica o fato, permitindo o reconhecimento de uma exceção, desaparece a responsabilidade penal.

Uma vez estabelecido, com alguma margem de segurança, o que pode ser o

fenômeno do crime, é necessário distinguir entre seus autores. É que parece não existir nenhuma dúvida a respeito de que circunstâncias diferentes relacionadas com as pessoas podem dar margem a diferentes concepções a respeito de sua responsabilização. Isso acontece com relação a todos os meios de controle social. Por exemplo: por que se aceita que um bebê, com alguns meses de idade, jogue no chão seu prato de comida e se reprova essa conduta na criança já com oito anos de idade? Por que se aceita o castigo moderado imposto pelos pais à criança que faz algo errado, porém revolta ver cenas de maus-tratos de bebês? Quem duvida ser diferente a situação daquele que se vê compelido por outro a uma determinada prática, em face daquele que livremente a escolhe? Quem pode negar que aquele que não sabe que está cometendo uma ação reprovável deve sofrer consequências distintas daquele que tem essa consciência?

Assim, não basta que exista uma conduta que esteja prevista em lei como delito, que ofenda gravemente um bem jurídico digno de proteção penal, realizada em obediência a uma vontade ou em violação a um dever de cuidado objetivo e que ocorra fora dos casos de circunstâncias excepcionais. É necessário, ademais, que o autor dessa conduta reúna alguns atributos.

O primeiro deles é de ordem pessoal e refere-se à sua capacidade geral de compreensão. É obviamente necessário estabelecer limites para a intervenção penal contra pessoas que, por alguma razão, não possam compreender com exatidão as normas e atuar em face dessa compreensão. Assim, é válida a opção por excluir da responsabilização penal aqueles que não reúnem, por qualquer condição excepcional, a possibilidade de reconhecer que estão praticando um ilícito ou de determinar-se de acordo com essa compreensão.

O segundo se refere a pessoa do autor em face da situação de fato, no nível da consciência. Trata-se de aferir se, nas circunstâncias em que se desenvolveu o fato, era possível ao sujeito perceber que sua atuação correspondia a uma prática delitiva. Se não era possível a ele perceber que seu fato infringia o direito, ele não pode ser responsabilizado. É que não basta uma condição genérica de possibilidade de saber que se está cometendo algo ilícito, mas é necessário também que, diante da situação

em concreto, e relativamente exatamente à conduta realizada e às suas circunstâncias, a pessoa reúna condições de saber que realiza um delito.

Reunindo essas condições, ou seja, tendo condições pessoais de discernir entre o certo e o errado e sendo possível perceber que se realiza um crime, será o sujeito responsabilizado pela prática delitiva.

Resta comentar que o Direito penal não pode restringir-se a cuidar somente dos atentados contra os bens jurídicos quando estes efetivamente são alcançados. É que também preocupam, em alguns casos, as situações onde o sujeito atua no sentido de afligir um desses bens, mas não alcança seus objetivos.

Nesses casos haverá evidentemente uma necessidade de punição, porém, ela não pode ser igual àquela que ocorre quando o sujeito promove um atentado contra o bem jurídico e alcança o seu objetivo. A razão é óbvia: uma vez que o Direito penal se ocupa de uma dupla desvaloração – de ação e de resultado – quando o resultado não é alcançado, pelo menos não da forma como se propôs o autor alcançar, há uma diminuição do desvalor do resultado, pelo que a pena necessariamente deve ser menor.

Também é necessário mencionar que nem todos os delitos são tão graves a ponto de merecer que o Direito penal se ocupe deles também quando não se atinge o bem jurídico almejado pela prática delitiva. Assim, a punição das hipóteses em que o resultado não é alcançado da forma proposta pelo agente se resume às situações onde o dano que seria alcançado caso o resultado se produzisse é bastante grave.

Algumas vezes, o sujeito se propõe a produzir um delito, porém, os meios que utiliza ou o objeto a que se dirige tornam impossível alcançar o seu desiderato. Nesse caso, se está diante de uma situação em que não se pode cogitar qualquer tipo de intervenção do Direito penal.

Por outro lado, quando o propósito é viabilizado de maneira adequada, pode ser que o sujeito, após atuar, arrependa-se. Nesses casos, a punição poderá ser diminuída ou até mesmo extinta, dependendo de até que ponto a ação praticada alcançou o resultado proposto e o arrependimento conduziu à sua evitação.

Também é necessário distinguir entre a atuação daquele que sabe perfeitamente

o que está fazendo e aquele que se engana quanto ao crime.

Algumas vezes, o sujeito pode se enganar durante a realização de um delito. Esse engano pode referir-se ao fato que efetivamente se realiza, a uma situação excepcional que justifique a conduta, ou a ser ou não ser o fato realizado contrário ao direito.

Ademais, merece consideração esse engano desde um ponto de vista geral, fazendo com que o julgador se coloque na posição do réu e indague se é ou não aceitável o engano nas circunstâncias, ou seja, se, nas circunstâncias dadas, qualquer pessoa no lugar do autor também se enganaria.

Quando o engano é aceitável, ou seja, quando qualquer pessoa, no lugar do autor do fato, também se enganaria, não pode haver responsabilidade penal.

Por outro lado, quando o engano do réu não é tal que outra pessoa, normalmente, também cometeria, resta uma responsabilidade atenuada, cuja discussão se refere simplesmente a se essa atenuação decorre da falta do dever de cuidado daquele que se engana ou se essa falta independe do cuidado que se tome na situação dada.

Finalmente, a atividade criminosa, como outra qualquer – um concerto musical, uma cirurgia –, pode ser realizada individualmente ou em conjunto.

Se realizada em conjunto, algumas circunstâncias podem determinar uma maior ou menor responsabilidade pelo delito. Em princípio, todos aqueles que concorrem para a realização do delito respondem igualmente por ele. Mas há algumas situações diferenciadas.

Se há divisão de tarefas por igual, todos respondem por igual. Isso porque todos dominam as circunstâncias em que se desenvolve o fato e podem determinar o "quando", o "onde" e o "se" ocorrerá o crime.

Porém, existem situações em que uma das pessoas tem esse domínio sobre as circunstâncias e as demais não, atuando simplesmente como "marionetes", verdadeiras ferramentas nas mãos do primeiro. Nesse caso, quem domina as circunstâncias terá uma responsabilidade mais agravada do que aqueles que são dominados. Em casos excepcionais, esses dominados inclusive podem nem sequer ser responsabilizados, se lhes falta alguma daquelas condições pessoais referidas acima

como imprescindíveis para a responsabilização criminal.

Sinteticamente, essas são as considerações que todos os manuais de teoria do delito fazem a respeito da estrutura de um sistema que visa oferecer uma igual resposta a todas as hipóteses de delitos que lhe são submetidas. A elaboração e aperfeiçoamento desse sistema sempre visou oferecer um instrumento que servisse de adequado mecanismo de controle social do Estado.

A pretensão é que cada fato, submetido à filtragem por esse sistema, produza como resultado a justa responsabilização do seu autor.

Claro está que dentro de cada um desses elementos a serem postos em consideração figuraram e ainda figuram diferentes perspectivas políticas, históricas e sociais que corresponderam e correspondem a diferentes conceitos. Todas as épocas e todas as sociedades procuraram, dentro do que consideravam ser adequado, estabelecer sua própria rede de conceitos para a significação dessa estrutura, e cada conjunto destes espelhou sempre o perfil de sua correspondente época e sociedade.

Por isso, é possível dizer que se conhece o perfil de um país, de uma sociedade e de uma época de acordo com as cores que se empresta à sua teoria do delito.

Resulta apropriado, em função disso, fazer uma breve abordagem sobre como essa estrutura de conceitos teve origem e como ela foi mudando, sob o influxo de teorias de base filosóficas e sociológicas, como sofreu a influência de diretrizes políticas e de acontecimentos históricos. Somente através de uma visão de conjunto de toda essa evolução é possível entender a teoria do delito como um objeto dinâmico, em constante mutação, em busca da produção de resultados mais adequados para cada sociedade em sua época, abolindo a pretensão de afirmação de que qualquer delas possa representar uma verdade dogmática intocável. É necessário entender que essa rede de conceitos é apenas uma fórmula gramática de solução de problemas em busca de um resultado justo.

4 A EVOLUÇÃO DAS “GRAMÁTICAS JURÍDICO-PENAIS”

A estruturação da forma pela qual se apresentou a teoria do delito nem sempre foi uniforme. É possível afirmar que ela foi variável segundo um perfil evolutivo que

assistiu a diferentes atitudes em face da compreensão do que é o direito. Na medida em que foram mudando as teorias de base que influenciaram a construção do Direito penal, o perfil estrutural da forma de apresentação e de estudo do delito foi também variando, de modo que uma adequada compreensão do tema demanda um resumo da ideia central de evolução do próprio Direito penal.

É óbvio que o Direito penal existe desde tempos imemoriais como instrumento de controle social, porém, a sua identificação não consistiu em problema até o surgimento da pretensão de sua afirmação como ciência. Isso porque, em sendo aplicado como regra de conteúdo mesclado com a moral, o Direito penal se resumia às considerações de merecimento de castigo, sofrendo influência da religião e movendo-se ao sabor das instâncias de poder. A religião se afirmava através do conhecimento e da fé, o poder, através da força.

4.1 A ciência jurídico-penal

A transformação iluminista promovida no período medieval levou à alteração do paradigma do saber. Do ponto de vista histórico, o desenvolvimento do Iluminismo correspondeu ao processo de expansão do conhecimento, que na Idade Média permaneceu confinado aos Mosteiros e Seminários, passando ao desenvolvimento das universidades e à difusão massiva da ciência, que alcançou primeiramente parte da nobreza e, imediatamente após, aqueles cuja progressiva acumulação econômica granjeou esse privilégio. O desenvolvimento exponencial das universidades a partir do século XIV, especialmente na Itália, fez com que cada vez mais pessoas tivessem acesso ao conhecimento. Primeiramente alguns nobres passaram a frequentar universidades, e depois até mesmo os burgueses, mecenas do conhecimento, puderam fazer com que seus filhos tivessem acesso ao saber.

Não foi por acaso que se desenvolveu imediatamente após a era dos descobrimentos a chamada Revolução Industrial.[2] Apesar de evidentes diferenças entre os modelos jurídicos continental e insular europeus, houve um claro traço comum: o objetivo de proteção de um padrão social que se interessava basicamente pela evolução de um tipo específico de ciência: a ciência natural. É que esse modelo

de ciência era fonte de produção e, como tal, integrava--se perfeitamente no modelo de acumulação de capital. Os inventos e a ciência voltaram-se nitidamente para o incremento dos meios de produção. Cada vez mais se viu uma ciência voltada aos interesses do homem. Principalmente os interesses de cunho econômico.

Em contrapartida, o desenvolvimento filosófico ficou, ainda, por longo tempo restrito ao âmbito canônico, e só mais tarde alcançou o patamar de interesse geral. Acontece que, ao contrário da química, da física, da matemática, da biologia, todas ciências capazes de incrementar o setor produtivo, o muito que poderiam oferecer ao desenvolvimento da filosofia, da sociologia e da antropologia seria aumentar a consciência do homem a respeito de sua inserção no mundo e quiçá despertá-lo para as diferenças entre os participantes do contrato social, circunstância esta que não interessava efetivamente a todos. Não interessava especialmente àqueles detentores do capital recém liberto das garras opressoras do Príncipe.

O interesse da burguesia era claramente delimitado: o estabelecimento de um processo de desenvolvimento cujo eixo se encontrava na economia, em uma fórmula permanente de acumulação de capital. O reconhecimento da força do indivíduo perante o interesse do Estado libertava de diversos grilhões a livre iniciativa individual de estabelecer aqueles processos. Isso passava obviamente por uma reformulação do Direito pelo processo de secularização, negando a perspectiva do Direito natural de cunho religioso, enquanto mecanismo de imposição. Ou seja, deixava-se de reconhecer na vontade do soberano uma “natural” expressão da verdade jurídica, porque divina; obrigando-o a dobrar-se ante o império da lei, como fruto da expressão da vontade de todos, ademais, da razão. Havia necessidade de converter a ideia de que os direitos se encontravam naturalmente estabelecidos pela ideia de que eles deveriam se constituir racionalmente. Daí a passagem do jusnaturalismo religioso ao jusnaturalismo racional. Nessa proposição, inclui-se a separação entre Igreja e Estado, assinalando, no marco jurídico, os direitos do homem enquanto tal, por sua natureza humana, negando toda e qualquer fonte divina desses direitos.[3] Nem poderia ser diferente, já que a revolta se implantava não somente em protesto contra o primeiro Estado (nobreza), mas também contra o segundo (clero).

Houve, aqui, uma clara opção por um modelo de ciência a ser desenvolvido: o modelo de ciência produtiva, servil à Revolução Industrial e à preservação do poder nas mãos dos detentores dos meios de produção. O conhecimento que interessava, em suma, era o conhecimento científico. Foi a chamada afirmação do positivismo científico, transformação que vai afetar de maneira crucial o Direito penal.

A separação definitiva entre moral e direito exigiu deste último uma base fundamental que fosse tão importante, do ponto de vista social, como foi em seu tempo a moral cristã e para o *jus*naturalismo.

No âmbito do Direito penal, data desse período a passagem do direito natural religioso ao direito natural antropocêntrico. No momento em que a fonte de produção do direito passou a ser a razão humana, mudou a forma de direito natural: passou-se a um direito natural racionalista. Esse direito representou papel de destaque em toda a discussão sobre a legitimação de poder ao longo do século XIX. A razão humana foi o ponto de partida dos penalistas ilustrados e propiciou o desenvolvimento da evolução científica do Direito penal. É desse período o famoso escrito de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, que constitui verdadeira ode ao humanismo e crítica ao sistema punitivo de então. Nesse momento histórico, era imperativo o controle dos abusos do Estado, constituindo um direito que formasse uma barreira de proteção dos indivíduos contra a atuação daquele.

Aparecem, aqui, as concepções materiais e formais do delito vinculadas à dimensão protetora do Estado e à própria Lei, respectivamente, ou seja, no reconhecimento do crime como violação a um bem jurídico protegido pelo Estado ou como contrariedade à norma plasmada no instrumento legal. Daí o desenvolvimento, por exemplo, por Carrara,[4] de uma concepção do direito, subordinado a uma *Lei Natural*, vinculante, o que o leva a propor um conceito formal de delito. Delito, para ele, é a infração de uma Lei do Estado que visa a proteção dos cidadãos. O delito não é mais que a contradição da norma. A essência do crime se esgotava na violação da norma. Por outro lado, a ideia de formulação de uma concepção material do delito é o elemento básico trabalhado por vários autores da escola alemã, também do século XIX, como Birnbaum, Von Liszt e Binding.

Político-criminalmente, não constitui novidade que o movimento iluminista foi inspirador de uma sensível mudança de perspectiva do Direito penal como instrumento de controle social. A supervalorização do indivíduo como ser humano,[5] digno de consideração jurídica, trouxe como efeitos imediatos a humanização das penas, com uma proposta de banimento das penas de morte e das penas ultrajantes por consistirem em absoluto desprezo à vida e à dignidade do condenado. Além disso, a separação entre Igreja e Estado acaba substituída pelo fortalecimento do modelo de Estado burguês em ascensão, gerador de uma associação entre política e capital, extirpando do âmbito jurídico a noção de que a origem do castigo era divina. Ao mesmo tempo, ao colocar o indivíduo no centro de atenção da organização jurídica, houve um progressivo avanço no controle do poder estatal, antes ilimitado, de castigar.

A coincidência entre humanização do Direito, em especial do Direito penal, e popularização do conhecimento com especial difusão deste nas famílias burguesas teve importantes consequências para o desenvolvimento da chamada Ciência penal.

O avanço do que então se denominou ciência de modo geral, especialmente a partir das teses de Darwin[6] a respeito da evolução das espécies, transformou completamente a sociedade do século XIX, separando-se o conhecimento que tinha importância – científico – do conhecimento prático, de senso comum. O conhecimento científico era, antes de tudo, diferenciado pelo foco em um objeto e pela adoção de um método. Por método, há de se compreender um conjunto de regras fixas a que o raciocínio deve se submeter em busca do conhecimento. O *saber* dependeria então da submissão do objeto eleito ao método.

Restou consolidado o entendimento de que a afirmação da ciência, do conhecimento que importava, dependia forçosamente da aplicação do método utilizado por Darwin e pelas ciências naturais, qual seja, o método empírico, indutivo, experimental e causal-explicativo.[7] Para o chamado positivismo naturalista, somente se poderia considerar ciência o conhecimento obediente a esse método.

Evidentemente, a pretensão de todos os estudiosos do fenômeno criminal era de afirmar o caráter científico do seu objeto de estudo. Contudo, nem todas as vertentes

do estudo do crime podiam ser submetidas ao método empírico, razão pela qual apareceu uma ruptura de desenvolvimento do conhecimento. É interessante notar como a aplicação do mesmo método das ciências naturais, a partir de pontos de vista diferentes – um omnicompreensivo do fenômeno criminal, como a criminologia, e outro focado na norma, como a dogmática –, foi capaz de gerar um verdadeiro cisma entre os estudiosos do crime. Por um lado, desenvolveu-se a criminologia, com sucessivas correções de rumo e, de outro, o isolamento das categorias jurídicas. O desenvolvimento do estudo do crime com base empírica derivou na *Criminologia* clássica, consistente em estudos das origens biológicas,[8] psicológicas[9] e sociológicas[10] do crime enquanto acontecimento empírico.

Por outro lado, o estudo jurídico do crime esbarrava em barreira aparentemente intransponível, posto que o seu objeto de conhecimento não possuía afirmação universal, nem tampouco poderia ser comprovado empiricamente. Pior ainda, sofria uma submissão completa ao decisionismo, o que gerava a instabilidade referida por Kirchmann quando mencionou que "três palavras corretoras do legislador e bibliotecas inteiras se convertem em papel velho".[11]

Portanto, não causa estranheza a pretensão de levar o direito à categoria de ciência, como modo de salvá-lo. Para tal realização, era absolutamente necessário que as ferramentas do jurista correspondessem tanto quanto possível aos padrões científicos da época. O direito precisava livrar-se das referências metafísicas e de adotar conceitos e padrões próprios das ciências da natureza.

A consequência imediata é a necessidade de negação da associação entre direito e moral e a adoção das principais características da ciência natural, a saber, a relação de causa e efeito e a busca de uma verdade absoluta.

Não à toa, as primeiras construções jurídicas da chamada *teoria do delito*, ao buscarem a afirmação científica do direito, socorreram-se de metodologia e até mesmo de conceitos oriundos das ciências naturais. Evidentemente, a ideia de um sistema que pudesse traduzir segurança jurídica para o âmbito do Direito penal somente poderia brotar do cientificismo ilustrado, com uma "atitude de admiração pelo científico acompanhada de um rechace pela metafísica".[12]

Aparece aí a necessidade de suplantar a concepção hegeliana de que o crime é sinônimo de conduta delitiva, expressão da vontade[13] contrária ao direito. O crime aparecia então como uma conduta que promovia uma ofensa a um bem jurídico protegido penalmente. Para Hegel,[14] crime é a "violência exercida pelo ser livre, que lesa a existência da liberdade em seu sentido concreto, que lesa o direito como tal". Assim, cada delito era caracterizado como tal tendo em vista simplesmente a violação de um direito.

É desse contexto que brota, induvidosamente, a formulação analítica do delito, dividindo o conceito de crime em partes como forma de melhor conhecer o todo. O método analítico era exatamente o que Darwin utilizou para descrever os seres vivos. Parte-se o todo em busca de elementos que, conjugados, possam conduzir à conclusão de que existe um fato criminoso. Essa conjugação obedece uma rígida composição de elementos que configuram o delito, cuja presença é capaz de determinar a verdade inarredável da necessidade de imputação das consequências penais.

O avanço do positivismo e de seu método analítico de decomposição em elementos para o conhecimento do todo foi o fator determinante para que a dogmática jurídico-penal passasse a buscar as características comuns entre os delitos, com a finalidade de organizar um mecanismo genérico de compreensão da figura delitiva.

4.2 O causal-naturalismo. Um eixo ontológico para a teoria do delito

A composição do sistema se dá através de ordenação de elementos, de categorias, que correspondem tanto quanto possível a conceitos e categorias extraídos de verdades científicas preconcebidas por outras formas de ciência. Ademais, o sistema consiste não só na ordenação dessas categorias, como também na organização e precisão das relações que essas categorias guardam entre si, de modo a facilitar o trabalho do intérprete, que é simplesmente de subsunção do fato concreto à regra normativa.

Além da decomposição do crime em *elementos*, tais como a ação, o injusto (depois tipo e antijuridicidade) e a culpa ou culpabilidade, houve ainda a busca de socorro nas ciências naturais para a afirmação dos próprios conceitos básicos da

teoria do delito, como o emprego de um conceito causal-naturalista de ação herdado da física *newtoniana* e um conceito de psicológico de culpabilidade de clara derivação biologicista.[15]

Aparecem então, uma a uma, as categorias identificadas como componentes do delito iniciando pela identificação da ação como pedra básica do sistema, que aparece pela primeira vez no Manual de Albert Friedrich Berner, em 1857.[16] Logo, aparece a obra *O momento da culpabilidade no Direito privado romano*, de Rudolph von Ihering, em 1867, promovendo a divisão do ilícito civil em dois distintos aspectos: objetivo e subjetivo, correspondentes respectivamente ao injusto e à culpabilidade. A identificação, que ocorre no direito civil, é transportada para o campo do direito penal por Von Liszt, que adota a bipartição entre um elemento objetivo do crime, que é o injusto, e outro subjetivo, que é a culpabilidade. O próprio lado objetivo do delito, o injusto, é dividido por Ernst Beling, em 1906, entre tipo e antijuridicidade.

Em geral, aponta-se como marco inicial da ciência jurídico-penal, assim considerado uso de conceitos precisos e a estruturação sistemática do objeto de estudo, a obra de Feuerbach, com seu Tratado de 1901 e o seu trabalho de elaboração legislativa do Código Bávaro de 1813.[17]

Essas contribuições, havidas no final do século XIX e início do século XX conjugadas com o cenário histórico e político da época, deram ensejo à ideia de uma estruturação analítica do estudo do delito, e como tal, do sistema de imputação.

Nesse momento, a sistematização tem por objetivo "racionalizar a interpretação e a aplicação do Direito Penal, excluindo [...] o acaso e a arbitrariedade, dando base à administração da Justiça justa e equitativa".[18]

Não é demais lembrar que recém se estava saindo dos modelos de Estado absoluto, para a configuração do chamado Império da Lei.

Assim, as primeiras formulações de sistema de imputação jurídico penal obedeceram a uma estreita vinculação com caracteres e elementos extraídos das ciências naturais.

Esse sistema, desenvolvido principalmente por Von Liszt e, mais tarde, por

Beling, foi dominante no início do século XX e era composto segundo a forma científica própria do positivismo, ou seja, adotava um perfil eminentemente classificatório de seus elementos, utilizando conceitos avalorativos, próprios das ciências naturais como a física ou a psicologia.

A estruturação "se baseava na hipótese de que o injusto e a culpabilidade se comportam entre si como a parte externa e a parte interna do delito".[19] Como consequência disso, os elementos objetivos se distribuíam entre o tipo e a antijuridicidade, enquanto que restava para a culpabilidade todo o aspecto subjetivo do delito.

O ponto de referência sobre o qual se organiza todo o resto do sistema de imputação é o conceito de ação e como movimento voluntário capaz de causar modificação no meio externo.[20] Um conceito de ação herdado da física, da mecânica, o qual se ligava ao resultado desse valorado pelo direito através de uma relação de causa e efeito também proveniente da mesma fonte.

O tipo penal, composto de elementos meramente descritivos, apresentava uma situação de fato proveniente de uma conduta.

A antijuridicidade, embora juízo de valor, era representada pela mera contradição entre a norma que ordenava obediência ao ordenamento jurídico e a conduta do agente, dada a ausência de causas de justificação.

A culpabilidade era o elemento psicológico de união entre a conduta e seu autor, o móvel da conduta, desde o ponto de vista estritamente psicológico (teoria psicológica da culpabilidade).

Estabeleciam-se divisões claramente dicotômicas, formais, selecionando de um lado os aspectos objetivos do delito (tipo e a antijuridicidade) e de outro lado os aspectos subjetivos (culpabilidade); de um lado os aspectos valorativos (antijuridicidade) e de outro os meramente descritivos (tipicidade e culpabilidade).

4.3 O positivismo jurídico

Ocorre que a pretensão de adaptação de um modelo científico natural a um objeto de estudo tão normativo quanto o direito termina em um resultado

necessariamente artificial. O modelo descritivo-explicativo, que pretende afirmar uma *verdade* empírica, rui diante da constatação de que a afirmação de um delito depende de uma escolha valorativa. Basta constatar, por exemplo, a enorme dificuldade de o modelo teórico causal-naturalista explicar a responsabilidade por omissão. Se a base da teoria do delito é a ação mecânica, como movimento modificativo do meio externo, sobre que estrutura se sustentaria a responsabilidade por omissão? Especialmente diante da constatação que nem todo ato de permanecer inerte é relevante para o direito, mas apenas aquele que se conjuga em uma circunstância em que se encontra presente o dever de atuar.

Com o tempo, tornou-se óbvia a necessidade de afirmação do caráter científico do conhecimento do Direito penal a partir de outra base, que não empírica, o que implicava, naturalmente, em romper com a unicidade da própria base naturalista do conhecimento científico.[21]

A ideia era de afirmação também de um positivismo – no sentido da constatação de uma pretensa *realidade* – que, no entanto, não se vinculava a bases naturais, mas sim a bases normativas, buscando a realidade no próprio direito. Daí a denominação *positivismo jurídico*.

O positivismo jurídico é herdeiro, por um lado, da explosão das ciências naturais e, por outro, da necessidade de imposição de limites ao Estado em face da iniciativa individual; limites estes encontrados na lei. Isso levou os juristas a pensarem o direito como sistema fechado baseado em axiomas e fundado na causalidade, conduzindo à chamada Era das Codificações.[22]

O *positivismo jurídico* visava, antes de tudo, afirmar sua prevalência sobre o *jusnaturalismo*, isolando o objeto de estudo do direito na norma posta, ou seja, na sua expressão legislativa.[23] As considerações de cunho moral ficavam completamente afastadas. O trabalho do jurista se resumia à interpretação dos textos legislativos.

O positivismo jurídico ganhou definitivo impulso e força mais tarde com os trabalhos de Hans Kelsen,[24] Herbert Hart[25] e Alf Ross,[26] os quais tinham em comum a pretensão de isolar o direito das noções fundadas em juízos de valoração, como as noções de justo e injusto. Com isso se busca uma abordagem neutra dos conceitos

jurídicos e um fundamento de validade ancorado na sua própria origem legislativa, remetendo a sua validade a uma norma precedente, até alcançar o conceito de norma fundamental (*Grundnorm*) de Kelsen. Trata-se obviamente da determinação de um método que condiciona e limita seu próprio objeto. O objeto passa a ser a norma posta, *porque* é posta. A validade de uma norma é condicionada à sua proveniência de outra norma válida.

Como bem refere Cláudio Brandão,[27] esse é um método que finca origens no Iluminismo e na pretensão de livrar as pessoas de um jugo despótico a que vinham sendo submetidas pelo império de uma lei vaga. Passa a haver um condicionamento de validade associado ao processo legislativo válido que é nada mais do que a afirmação última do princípio de legalidade.

Claro está que o positivismo jurídico ocupava-se da afirmação definitiva da norma e, nessa exata medida, era reducionista, posto que pretendia que a expressão literal da norma contivesse descritivamente todo o interesse jurídico.

Alguns dos mais renomados penalistas do início do século XX, como Karl Binding[28] e Arturo Rocco,[29] foram acérrimos defensores do positivismo jurídico. Binding foi criador de uma verdadeira escola penal de *positivismo jurídico* na Alemanha, que tinha por característica procurar unir o idealismo hegeliano à ciência positiva.[30] É necessário ter em mente que o foco aqui era afirmar a cientificidade do direito posto em contraposição aos modelos criminológicos etiológicos, ainda sem nenhuma relação com a ideia de valor.

Resumidamente, pode-se dizer que o positivismo científico influenciou a teoria do delito no sentido não de uma transformação completa da visão das suas categorias, mas sim para abrir as portas a uma interpenetração conceitual da ideia de valor que culminou por plasmar-se no modelo neokantista.

4.4 O neokantismo. Um modelo jurídico valorativo

O crescimento do positivismo jurídico, em oposição ao positivismo científico, encontrou uma teoria de base capaz de reformular o conteúdo das categorias do delito com o aparecimento do novo modelo de filosofia dos valores no sudoeste alemão;

com a obra de Stamler, Radbruch, Lask Wildelband e Rickert,[31] questionando o paradigma positivista-naturalista do direito, trouxe à tona uma nova perspectiva de consideração da própria ciência.[32] Ao lado das ciências naturais foram identificadas as ciências sociais. As primeiras associadas ao ser e as segundas ao dever ser. Dentro das ciências do dever ser estava o direito, que é uma ciência elaborada a partir de uma premissa valorativa, de um *querer*. O direito como ciência da cultura apresentava um método próprio relacionado a valores que levava o positivismo jurídico um passo adiante. Enquanto para aquele a interpretação literal da regra jurídica bastava, este se ocupava do valor nela contido.

Para o neokantismo, o direito positivo não possui um valor intrínseco, objetivo, que pode ser identificado e descrito, mas as normas jurídicas aparecem determinadas por valores que lhes são prévios e que contaminam não apenas sua edição, mas os próprios autores de sua elaboração, pelo que a pretensa *verdade* jurídica vem influenciada pela cultura.

A autonomia metodológica do direito virá então representada por uma lógica diferente, uma lógica de fins, consistente na apreensão e orientação dos fins, de acordo com um plano constante.[33]

Radbruch[34] é quem dá a expressão melhor acabada da ideia de direito neokantiana. Para ele, é a atitude metodológica que deve se voltar para a expressão valorativa, conquanto o objeto siga sendo definido pelo direito posto. Ou seja, é necessário o exercício hermenêutico valorativo, mas sempre tendo em vista a análise das normas vigentes.

Para Radbruch,[35] o objeto do direito é a “ordem jurídica positiva”. O direito é, assim, “o direito vigente e não o direito justo; o direito que é não o que deve ser”. Portanto, a “ciência jurídica ocupa-se da ordem jurídica”.[36]

A questão do valor deriva de que os próprios conceitos jurídicos vão a ele referidos.[37]

Como efeito imediato no âmbito do direito penal aparece a admissão de fatores axiológicos na determinação dos conceitos, gerando o que se chamou sistema neoclássico ou neokantista[38] da teoria do delito, cuja expressão melhor acabada foi o

Tratado de Edmund Mezger.[39]

Aparece aqui uma perspectiva de sistema já não simplesmente formalista, classificatória, mas sim teleológica, provocando uma ruptura metodológica na teoria do crime, já que nem a ação, nem a antijuridicidade, nem a culpabilidade, poderiam ser entendidas adequadamente sem um suporte valorativo.

Ademais, o próprio desenvolvimento das categorias do delito conduziu ao reconhecimento da inexistência da taxativa separação entre injusto e culpabilidade com base em seu caráter respectivamente objetivo e subjetivo.[40] Reconheceu-se a presença de elementos subjetivos no âmbito do injusto[41] e de elementos normativos tanto em um âmbito quanto em outro.[42]

O próprio eixo do sistema, a saber, o conceito de ação, se identifica, em alguns casos, como "conduta socialmente relevante".[43] Em outros, inclusive, perde sua condição de primazia na teoria do delito para o próprio conceito de tipo,[44] tudo provocado pelas evidências, destacadas por Radbruch, da impossibilidade de recondução da ação e omissão a um conceito unitário de conduta.[45]

O injusto passa a ser considerado desde o ponto de vista de sua danosidade social, não mais simplesmente como um rompimento da norma jurídica.[46]

O tipo passa a ser dotado de um conteúdo material, considerado tipo de injusto, indicativo da antijuridicidade, verdadeira antijuridicidade tipificada.[47] Os extremos dessa tendência chegaram a conduzir à chamada teoria dos elementos negativos do tipo.[48]

A antijuridicidade deixa de representar uma mera contradição entre a conduta e ordenamento jurídico e também aparece associada a critérios sociais, relacionados com seu potencial de lesividade, ampliando a fundamentação teológica das causas de justificação com base em critérios associados ao princípio de proporcionalidade, permitindo a graduação do injusto segundo a gravidade da violação do interesse em questão.[49]

A culpabilidade passa a ser valorada como juízo de reprovabilidade e não mais como mero liame psicológico entre o autor e o fato por ele praticado. Tal superação deu-se através da análise dos casos de imprudência inconsciente, onde resultava

impossível a afirmação da culpabilidade psicológica.[50] Em seu âmbito aparecem pela primeira vez elementos normativos representados pela adição da exigibilidade de conduta diversa[51] e pela conversão do dolo em *dolus malus* pela associação da vontade à consciência da ilicitude.[52]

4.5 O finalismo como expressão do neo-ontologicismo

Apesar do avanço das considerações valorativas, o neokantismo não cuidou de dar o definitivo passo de libertação em face do positivismo jurídico, porquanto os autores do período não assumiram a possibilidade de que os valores pudessem interferir na própria validade do sistema jurídico.[53]

Com essa insuficiência, abriram espaço para a crítica de Welzel,[54] no sentido de que o neokantismo nada mais foi de uma mera teoria complementar do positivismo jurídico. Welzel[55] colocou em evidência as coincidências sistemáticas entre as duas tendências no que tange à pretensão de separação entre o "causal-objetivo" e o "anímico-subjetivo", ao isolar a voluntariedade, o querer, da consciência desse querer.

Para Welzel, a realidade ôntica não é mero receptor passivo das valorações científicas, senão que são os conceitos científicos jurídicos que não fazem mais do que espelhar fragmentos parciais daquela.[56]

Assim, ao contrário do que pregavam os neokantistas, pensava Welzel que a realidade jurídica não é organizada pelos valores, mas sim é previamente ordenada, dotada de um sentido ontológico prévio e limitador das valorações jurídicas. Portanto, nesse sentido, não é o método que condiciona o objeto do conhecimento, mas sim o contrário. Do ponto de vista dos fundamentos, portanto, Welzel[57] negava o dualismo metodológico proposto pelo neokantismo, sustentando a existência de uma relação presente entre o ser e o dever ser no campo do direito. Isso porque o direito consiste em uma forma de regulação da realidade, mas não pode negá-la. O mundo possui uma lógica natural, da qual extrai elementos, e o sistema não pode pretender ultrapassar essa determinação. Assim, somente após uma prévia análise da realidade ontológica é possível ao direito proceder a valoração que lhe é própria.

Resumidamente, pode-se dizer que Welzel de um lado negava a rígida separação entre o mundo ontológico e o mundo axiológico e de outro, também rechaçava a proposta de separação entre os aspectos subjetivos e objetivos do delito, sustentando que somente era dado ao direito regular aquilo que estava predeterminado pela natureza, sem que seja possível ao primeiro ultrapassar os limites desta última. Assim, afirmava[58] que "nenhuma norma, nem moral nem jurídica, pode preceituar às mulheres que deem à luz filhos viáveis aos seis meses, ao invés de nove, como tampouco podem proibir a um aviador que se precipita ao solo que ultrapasse os trinta quilômetros por hora".

Welzel partia, pois, da ideia de que determinadas estruturas retiradas da realidade vinculavam o direito e estabeleciam as bases sobre as quais seria construído o modelo de imputação.[59] Assim, a partir de dizer que toda a ação humana é dirigida a uma finalidade e que isso constitui a própria natureza do agir humano,[60] Welzel estabeleceu uma série de valorações escalonadas que deveriam identificar o delito.

Sobre esse conceito de ação pré-jurídico, ontológico, se estruturava, para Welzel, toda a teoria do delito.

Ainda que houvesse concordância entre causalistas e finalistas no que se refere à situação da ação como um conceito ontológico que servia de eixo para a elaboração do sistema de imputação, havia frontal discordância no que se refere ao conceito natural de ação. O ponto crucial do finalismo reside na pretensão de explicar que a finalidade é o diferencial da ação humana e, portanto, o conceito de ação não se restringe a um mero movimento voluntário, mas sim a uma conduta já dotada previamente de uma vontade dolosa ou imprudente.

Para Welzel,[61] a "finalidade" é guia da ação e consiste justamente na capacidade de compreensão a respeito do possível ou provável resultado da ação. A base do finalismo é justamente admitir que o dolo não é outra coisa que "a vontade final que rege o acontecimento causal" de realização do fato típico. Se a ação é destinada a um propósito, evidentemente o dolo que representa a vontade dirigida ao propósito delitivo já deve estar presente na própria ação.

Antes mesmo da formulação mais completa de Welzel, alguns autores qualificados de neokantistas,[62] von Weber[63] e Graf Zu Dohna,[64] identificaram em alguns delitos ações causais e finais, no mesmo sentido proposto por Welzel.

Von Weber, [65] na verdade, tratava de afirmar que alguns conceitos previstos no tipo podem configurar-se de uma forma tal que indiquem uma conduta através da *causa* de um resultado determinado, mas também podem configurar-se de forma a indicar uma conduta *teleologicamente*, ou seja, através de uma determinada *vontade de atuar*. No primeiro caso, a conduta descrita será objetiva, externa, sem vinculação com a psiquê do autor, enquanto que no segundo caso será subjetiva, interna, inseparável da vontade do autor. Von Weber [66] chegava, inclusive, a apresentar sua teoria do delito com a divisão entre *tipo objetivo* e *tipo subjetivo*, em uma completa adoção da ideia de fim como guia da ação.

A partir dessa concepção, os finalistas apresentaram distintas consequências para a teoria do delito, demonstrando que em vários pontos o causal-naturalismo apresentava irremediáveis falhas.

A mais evidente delas, que salta logo à vista, é a situação do delito omissivo. Em se considerando a ação um "movimento voluntário modificativo do meio exterior", não era explicável a relevância da omissão.[67]

O tipo corresponde simplesmente à descrição da proibição,[68] da ação proibida. Desse modo, uma vez que a ação já é dotada de um propósito, o dolo passa a integrar o próprio tipo.

De consequência, resultava uma explicação mais consistente da tentativa, já que, se o dolo encontra-se na ação, está já presente no ilícito tentado tanto quanto no consumado. Assim, todo delito doloso seria realização da vontade, sendo que, no crime tentado, esta permaneceria nos primeiros estágios.[69]

A antijuridicidade se traduz em simples ausência de causas de justificação.[70] Estas, por seu turno, estão vinculadas à estrutura de uma ação finalista e, por isso, devem possuir um elemento subjetivo.[71] Na medida em que a presença de uma excludente de antijuridicidade torna uma ação permitida pelo ordenamento jurídico, e que toda a ação visa a uma finalidade, é imprescindível a correspondência entre o

propósito visado com a atuação justificada e a ordem jurídica.

A culpabilidade, como juízo de reprovação pessoal, estrutura-se na ideia do livre--arbítrio, da possibilidade de escolher para a conduta uma finalidade lícita.[72] Nesse sentido, o afastamento das considerações a respeito do dolo para o âmbito da conduta típica deixa remanescer, como elemento da culpabilidade, a dimensão axiológica da valoração dolosa, consistente na avaliação sobre a consciência da ilicitude, agora meramente potencial, circunstancial.

A contraposição entre o finalismo e os modelos causal-naturalista e neokantista resultou em um intenso debate jurídico-penal. A discussão foi iniciada e fomentada por Edmund Mezger por razões não precisamente técnico-jurídicas.

Ocorre que Mezger foi, comprovadamente,[73] um intenso colaborador do regime nacio-nal-socialista da Alemanha dos anos 30 do século XX. Terminada a guerra com o resultado de derrota do regime ao qual se encontrava vinculado e que tinha por marca essencial um programa político de eliminação ao qual estava subordinada a própria estrutura jurídica, o consagrado tratadista Mezger republicou seu *Lehrbuch* com um novo prólogo,[74] no qual ele defendia a ideia de que era oportuna a desvinculação entre o Direito penal e a Política Criminal, propondo para o primeiro a discussão meramente dogmática, de análise da teoria do delito a partir do conceito de ação. Nesse ponto,[75] iniciou uma polêmica com Welzel sobre que conceito de ação (finalista ou causal) melhor representava a realidade ôntica condicionante da estrutura de teoria do delito.

O debate intenso travado a partir daí se travava, portanto, em uma instância de alta abstração teórica, com nenhuma relação para com a política criminal, facilitando o esquecimento das atrocidades geradas pelo antigo regime. A circunstância, provocada por Mezger, veio a providenciar a adequada *cortina de fumaça* para que sua vinculação com o regime nazista permanecesse por várias décadas oculta no passado.[76]

A discussão dogmática entre causalistas e finalistas conduziu pouco a pouco à prevalência deste último como modelo mais difundido na doutrina e com grande receptividade no âmbito legislativo.[77] As propostas finalistas culminaram por receber

larga aceitação no meio doutrinário e as críticas aos modelos causal-naturalista e neokantista fizeram do finalismo o modelo padrão de teoria do delito.

O campo dogmático foi explorado largamente e o desenvolvimento da discussão a respeito de cada categoria do delito alcançou um nível teórico e um grau de abstração elevadíssimo.

Malgrado os êxitos técnicos logrados, também é certo que esse isolamento dogmático também foi nocivo, por desprezar por completo os condicionamentos político-criminais do sistema de imputação.

4.6 O esgotamento do finalismo

O finalismo, porém, após viver seu auge desde o pós-guerra até o início dos anos 70, certamente esgotou sua capacidade de geração de propostas para a evolução da teoria do delito. Isso aparece claramente quando se observam os trabalhos dos mais modernos e atualizados autores que defendem perspectivas estritamente finalistas, os quais já não se ocupam de propor avanços com relação ao sistema e sim, principalmente, de criticar as constantes e crescentes oposições que surgem a sua teoria.[78]

De outro lado, a crítica fundamental que sofre todo o raciocínio sistemático jurídico--penal ancorado em teorias ontológicas é justamente sua evidente contradição para com a própria concepção de direito. O direito, como sistema de valores confeccionado para gerir a vida social, é absolutamente incompatível, em seus fundamentos, com a pretensão de neutralidade que representa a confecção de um sistema fechado, cujas bases metodológicas estejam vinculadas exclusivamente a imutáveis princípios ontológicos.

O modelo de sistema penal proposto pelo finalismo foi pressionado claramente em duas frentes. Uma delas, relacionada com sua aplicação, pela frequente confrontação de resultados insatisfatórios derivados da rigidez do modelo de imputação proposto, principalmente em face da moderna realidade criminológica. A segunda, um desmantelamento de sua própria teoria de base: o neo-ontologicismo.

4.6.1 A corrosão da base ontológica do finalismo e do causalismo pela crítica criminológica e filosófica

A superação da perspectiva finalista aparece vinculada completamente à própria evolução do pensamento humano, especialmente à necessidade de transcender a vinculações rígidas dogmáticas, próprias de modelos sistemáticos fechados.

Tanto as condicionantes derivadas do modelo proposto pelo positivismo jurídico – quer em sua vertente clássica, quer segundo o modelo neokantista –, quanto as condicionantes ontológicas propostas por Welzel, conduzem a sistemas pouco permeáveis a considerações de ordem crítica.

Acontece que é inegável que uma determinada conduta realizada dentro da fórmula jurídica correspondente a qualquer modelo dogmático não representa, por si só, um crime.

A solução *justa* dos casos concretos, por vezes, exige uma solução contrária à derivada do processo silogístico de enquadramento da conduta – acontecimento físico – com a norma – previsão jurídica. Assim acontece, por exemplo, nos casos de não incriminação dos proprietários de motéis por exploração da prostituição (art. 229 do Código Penal brasileiro),[79] ou no caso de não incriminação por furto (art. 155 do Código Penal brasileiro)[80] de quem subtrai objeto alheio de ínfima significação econômica para a vítima, com ânimo de apropriação.

Por volta dos anos 70 do século XX, especialmente à raiz dos trabalhos de Alessandro Baratta,[81] a Criminologia, que há muito se divorciara do Direito penal, finalmente volta a ganhar força e reconhecimento, ao dirigir-se à promoção da crítica do próprio sistema de imputação, defendendo a ideia fundamental de que este é a fonte da existência do delito.

Desse modo, restava esgotada a pretensão de que a aplicação do sistema dogmático mais elaborado seria capaz, por si só, da produção do resultado justo. Passou a não ser mais possível o isolamento das considerações político-criminais adredemente pretendido por Mezger. A aplicação do sistema necessariamente revelava sua face política e nele estavam envolvidos todos os condicionamentos sociais.

De outro lado, no marco filosófico, a superação do positivismo, mesmo dentro de suas mais modernas roupagens, como a oferecida por Hart[82] ou por Bobbio,[83] teve superadas algumas de suas teses centrais, tais como as conexões entre direito, moral e política e os problemas associados à indeterminação do próprio direito, referida em Vives Antón[84] como "pretensão de verdade".

Tanto de uma perspectiva, quanto de outra, restava evidenciado o artificial afastamento de questões axiológicas relacionadas com a moral e com a política, o que provocava severas restrições às perspectivas de interpretação, para artificialmente favorecer a consolidação de conceitos absolutos e inflexíveis.

Evidentemente, a filosofia do direito não tardou em descobrir a prevalência de uma indeterminação jurídica conceitual no âmbito do direito, assim também a imprestabilidade de um direito que produz resultados precisos, certos e intrinsecamente verdadeiros, porém injustos. Foi trazida à tona a impossibilidade de alcançar pretensão de neutralidade do direito, já que ele próprio é prenhe de conceitos que demandam valorações. Ademais, foi demonstrada a insuficiência do mero socorro do conjunto de conceitos jurídicos para a resolução dos problemas concretos que incumbem ao jurista.[85]

Alcançou-se, assim, através da conclusão pela necessidade de superação dos sistemas fechados, um ponto de insustentabilidade das teorias que de algum modo contribuíram para preservar esses pressupostos metodológicos.

4.6.2 A crise dos fundamentos dogmáticos

O finalismo, consoante já referido, em seu intento exitoso de superação do neokantismo, soterrou, entre outras coisas, a importante contribuição que essa perspectiva trouxe ao Direito penal, no sentido da busca de conteúdo material para as categorias do delito.

Resultou disso um retorno à chamada falácia naturalista, determinante de uma configuração da teoria do delito apoiada em estruturas lógico-reais. Roxin[86] publicou em 1962 um trabalho em que criticou veementemente o conceito finalista de ação, justamente pela pretensão – a seu sentir artificial, em face do evidente caráter

normativo do direito – de basear-se em uma ótica ontologicista para a estruturação da teoria do delito.

Não tardaram a aparecer problemas insuperáveis tanto para a lógica interna do próprio sistema, quanto em face dos resultados de sua aplicação.

Apenas para fixar poucos exemplos, vale comentar a incompatibilidade das funções atribuídas ao conceito de ação, que a um só tempo deveria ser dotado de conteúdo material suficiente para converter os demais degraus de identificação do delito em "aclarações pormenorizadas" e isolar-se completamente de quaisquer valorações jurídicas, sob o risco de invadir a esfera de domínio de outros elementos do delito.[87] Isso gerou o questionamento a respeito de a capacidade de um conceito de ação puramente ontológico ser capaz de funcionar como o eixo do sistema de imputação.

Tanto é verdade que um dos imediatos efeitos da superação do marco ontológico como eixo do sistema de imputação foi a clara tendência, expressa em muitos manuais a partir dos anos 70, de iniciar a descrição da teoria do delito através da tipicidade.

Giorgio Marinucci, na interessante monografia *Il reato come "azione". Crítica di un dogma*,[88] retrata claramente que a incapacidade do conceito ontológico de ação para responder às funções que lhe foram exigidas pela teoria do delito conduziu, por uma parte, à redução das referidas funções e por outra à remodelação da própria estrutura da teoria do delito, subtraindo a condição de primazia do conceito de ação como eixo do sistema.

Ademais, em sendo o direito penal um sistema marcadamente político, já que se trata de escolher condutas às quais se vai imputar uma pena, não é possível manter um sistema ancorado em um conceito pretendidamente neutro, predeterminado, correspondente a uma verdade absoluta.

De outro lado, também se pode mencionar o exagero subjetivista de concentrar toda a carga de desvalor do delito no âmbito da conduta, tornando irrelevante o resultado, que a cúmulo do exagero conduziu à idêntica desvaloração do delito tentado e do consumado, consoante aparece na fundamentação de Zielinski.[89]

O reconhecimento do injusto como mera realização da norma e contrariedade do

ordenamento conduzia à punibilidade objetiva de condutas que não representam a criação ou o incremento de um risco a um bem jurídico penalmente relevante, conduzindo a um gritante conflito entre os fins da pena e os fundamentos de aplicação do sistema penal.

A ideia de que o sistema fechado de uma dogmática formalista e classificatória era capaz de dar resposta mais justa aos problemas práticos, mediante simples subsunção do fato à norma, mostrou-se claramente insuficiente.

Assim, paulatinamente, passou-se a exigir do Direito penal, enquanto manifestação mais grave do arcabouço jurídico, instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para a realização do controle social, uma preocupação maior para com os seus efeitos.

Em resumo, desses dois fatores – insuficiente resposta técnica e superação da teoria de base – derivou a necessidade de renovação do sistema de imputação, tanto no que concerne à definição, à organização, quanto no que refere ao conteúdo dos componentes do delito e à associação do conteúdo de cada um dos elementos que compõem o sistema de imputação às funções que deve cumprir o Direito penal.

4.7 O funcionalismo

Com a superação do paradigma ontológico-positivista, somado ao fracasso prático do isolamento dogmático provocado pela adoção de um sistema penal baseado em critérios formais-ontológicos, a necessária superação da ideia de uma teoria do delito meramente descritiva aparece justamente na retomada de postulados já destacados por ocasião do neokantismo e que foram obinubilados pelo êxito do finalismo.

Esses postulados dizem respeito à busca de fundamentação material. Essa fundamentação material, porém, não deveria ser dirigida simplesmente para o âmbito *macro*, por assim dizer, do sistema punitivo, como uma espécie de corretor axiológico dos desvios provocados pela aplicação rígida do modelo dogmático, mas sim, deveria interferir internamente ao próprio sistema. O sistema de imputação já não seria mais considerado um fim em si mesmo, voltado para uma coerência interna, mas

sim um meio de realização de uma proposição geral externa. Os elementos componentes do conceito de crime deixam de ser autossuficientes e passam a ser *funcionalizados*, ou seja, passam a estar a serviço da realização de um escopo geral. Daí que a essa perspectiva se denomine *funcionalismo*.

A verdade absoluta, a ideia de uma realidade unívoca, própria das teorias ancoradas em pressupostos ontológicos, é substituída pelo reconhecimento da plurivocidade da realidade, da coexistência de distintas formas de interpretação. Isso conduz, naturalmente, ao envio dos problemas jurídico-penais para uma solução no campo axiológico dos valores que subjazem ao próprio sistema penal.[90]

De outro lado, os estudos sobre esses valores conduzem às teses funcionalistas, que arrancam de Durkheim e são desenvolvidas especialmente por Merton e seus seguidores e contestadores no âmbito da Sociologia Criminal norte-americana.

As análises sociológicas de Durkheim na virada do século XX afirmam que o crime não é um comportamento patológico, mas sim um comportamento *normal* em toda a sociedade.[91] Ao ser normal em toda a sociedade conhecida, percebe-se que o crime é necessário e inclusive útil,[92] pois pode constituir a antecipação do questionamento a respeito de alguma escolha social que seja representativa de um posicionamento jurídico que mereça revisão.[93]

A busca da harmonia do sistema social conduz à fórmula de estudo sociológico do que é *funcional* ou *disfuncional* para o sistema social e o sistema jurídico.

Merton promove o aprofundamento da ideia a partir do desenvolvimento da contraposição entre os fins culturais e os meios institucionais, demonstrando como a própria sociedade cria o desvio e como esse desvio resulta funcional ou disfuncional à sociedade.[94] A ideia central da teoria estrutural-funcionalista de Merton é que o comportamento desviante, dentro de seus limites funcionais, resulta um fator necessário e útil para o equilíbrio e desenvolvimento sociocultural, o que não ocorre quando os limites de funcionalidade são ultrapassados, quando esse fenômeno de desvio se torna negativo, conduzindo um estado de desorganização do sistema normativo.

As bases lançadas por Merton são grandemente desenvolvidas também por

Talcott Parsons, para quem a norma jurídica representa um instrumento de estabilização social, pelo que o injusto seria uma confrontação desse poder institucionalizado, ou seja, uma estrutura disfuncional para o sistema.[95]

Assim, torna-se necessária uma revisão das próprias bases do Direito penal. Se o crime resulta *funcional* em alguns casos, é porque encontra harmonia para com os objetivos gerais que a sociedade pretende realizar inclusive com o próprio sistema penal de controle social. Portanto, não é mais possível a simples aplicação do sistema dogmático, anodinamente descolado de considerações político-criminais, já que uma atuação desse tipo pode resultar em um acréscimo de desorganização do sistema social e em um Direito penal em contradição com as aspirações sociais.

Desse modo, o Direito penal deve se propor à realização de seus objetivos e não é mais possível pensá-lo sem conexão com tais objetivos. O Direito penal há de ser proposto para cumprir determinada função social e essa função há de ser *desvendada*, de ser *dada a público*, através da assunção de proposições de ordem político-criminal. O Direito penal há de assumir a responsabilidade pela pauta político-criminal de que pretende ser o representante punitivo.

Em primeiro lugar, isso se realiza através da absoluta conexão entre os fundamentos da pena e do sistema dogmático, já que este pretende sempre viabilizar a aplicação de uma pena.

Do ponto de vista dogmático, a proposta passa a ser de harmonizar os objetivos gerais do Direito penal, do objetivo que cumprem suas formas de reação, com o que se requer de cada um dos elementos que compõe o todo da imputação.

O raciocínio é absolutamente consentâneo com a ideia de preocupação com as consequências da aplicação do Direito penal. Já não se trata de aplicar o sistema de imputação tendo como único objetivo o enquadramento do fato no sistema, gerando uma realidade de imputação imutável e presumivelmente verdadeira. Trata-se, melhor, de partir das funções que cumpre ou que deve cumprir o Direito penal para, através delas, determinar a configuração dos elementos que compõem a teoria do delito.

A construção do sistema de imputação não deve vincular-se a pressupostos

metodológicos extraídos de dados ontológicos como a ação ou a relação de causalidade, e sim afinar-se às missões que se atribui, ou que se pretende alcançar através da aplicação do próprio sistema aos casos concretos.

Ocorre aqui uma ampliação do nível de exigência da capacidade de rendimento de cada uma das categorias do delito, no sentido de que estas estejam orientadas coincidentemente à consecução dos objetivos gerais do próprio sistema de imputação.

É importante perceber que o funcionalismo não implica, como acontece com a contraposição causalismo-finalismo, uma nova proposta *estrutural* de teoria do delito. Ou seja, as categorias não são afetadas necessariamente em sua distribuição tal como formulada pela doutrina prevalente da época. O funcionalismo afeta, isto sim, o conteúdo das categorias do delito. É uma *nova visão do todo e das partes*, ou seja, independentemente da distribuição das categorias do delito, o conteúdo destas é o que é posto em cheque.

Desse modo, independentemente do que seja a fórmula de distribuição dos elementos que compõem o delito, o fundamental passa a ser discutir que características estes devem ter para servirem *funcionalmente* ao escopo geral para o qual é dirigido o sistema.

Desde logo, é possível perceber que não se admite mais, do jurista, uma postura anódina, um pretenso "distanciamento científico". Considerado o sistema de imputação como instrumento de realização de determinada política criminal, a eleição do que deva ser o perfil desta última tem o poder de influenciar na determinação das categorias internas que compõem a rede de conceitos capaz de afirmar que houve crime. A instrumentalidade da teoria do delito em face da realização de um esquema político-criminal de controle social é mais do que evidente.

Ocorre, entretanto, que não existe uma completa harmonia doutrinária no que se refere à identificação das funções que cumpre ou deve cumprir o Direito penal. E justamente por não existir essa harmonização, o funcionalismo culminou por não ser representado também por uma perspectiva uniforme.

Essa variação guarda estreita relação com a conjugação entre a função ou missão do sistema de imputação e a função ou missão da reação penal.

Muñoz Conde e Winfried Hassemer expuseram com clareza meridiana a dicotomia que sofre o funcionalismo, ao analisarem as funções e missões do Direito penal. Para os mencionados juristas, é necessário diferenciar entre missão e função do Direito penal, sendo que a primeira traduziria os propósitos desejados, enquanto que a segunda, as consequências, almejadas ou não, produzidas por alguma coisa ou algum evento.[96]

Nesse sentido, entendem de suma importância distinguir três distintas posições a respeito das missões que deve o Direito penal cumprir. Apontam que a opinião majoritária refere que a missão do Direito penal deve ser a de proteção de bens jurídicos contra lesões ou perigos; que, em posição intermediária, preconizava Welzel que a missão do Direito penal seria a proteção de valores da atitude interna de caráter ético-social, posto que nela estaria incluída a proteção de bens jurídicos; finalmente, em posição diametralmente oposta à primeira, Jakobs considera que essa missão é a confirmação do reconhecimento normativo.[97]

Com a superação do finalismo *welzeliano*, as tendências modernas a respeito das missões do Direito penal tenderam a ser agrupadas em dois grupos essenciais que se distinguem exatamente em razão das funções atribuídas ao sistema de imputação e à própria pena:[98] a proteção de bens jurídicos e a estabilidade da norma.

4.7.1 O funcionalismo teleológico[99]

A origem de todo o funcionalismo se encontra na obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de Claus Roxin, considerada pedra fundamental dessa nova maneira de interpretar a teoria do delito e de compor as bases do sistema de imputação.[100] Somente mais tarde, diante do advento de outras tendências de *funcionalização* do sistema penal, é que, com vistas à melhor identificação da postura de Roxin, se lhe passou a acrescentar o qualificativo de *teleológico*.

Importa destacar que talvez um dos primeiros autores brasileiros a ter assumido os postulados da obra de Roxin, no Brasil, mas que infelizmente não teve tempo de explorá-la amplamente, tenha sido Alcides Munhoz Netto[101].

Roxin[102] parte de uma ideia a respeito do Direito penal, identificada com a

proteção subsidiária de bens jurídicos e a respeito da pena, que deve ter um caráter preventivo geral e especial,[103] para chegar à composição de um novo modelo de sistema de imputação.

Para Roxin o Direito penal é instrumento de *ultima ratio*, associado à proteção de bens jurídicos fundamentais ao desenvolvimento social do indivíduo. Daí decorre a necessidade de associação da fundamentação das categorias do delito a um fundamento material de ofensa ao bem jurídico.

De outro lado, para Roxin a pena cumpre uma dupla função: preventiva geral, aí entendida a perspectiva positiva limitadora, ou seja, a função de gerar o efeito afirmativo da permanência de proteção ao bem jurídico através da afirmação da continuação da vigência da norma turbada, e de prevenção especial, associada à ideia de ressocialização, ou pelo menos, de controle da possível dessocialização.

Finalmente, convém sublinhar que a pretensão do funcionalismo dentro da ideia preconizada por Roxin não pode descurar, ao visar seus objetivos, da preservação dos seus princípios fundamentais de intervenção mínima, de legalidade e de culpabilidade.

A estruturação dogmática dele derivada, seguindo estritamente a proposta de Roxin,[104] inicia por uma tipicidade penal que já não se contenta com a simples adequação do fato à previsão típica. Esta é considerada por Roxin tão somente como a função sistemática do tipo, ou seja, uma das muitas funções que o tipo deve cumprir. Mais importante que isso, o tipo cumpre uma função delimitadora negativa da intervenção jurídico-penal, em sua associação com o princípio de legalidade, chamada por Roxin de "função político-criminal". Ademais, cumpre ainda uma função dogmática, de "descrever os elementos cujo desconhecimento exclui o dolo", que se trata evidentemente de uma função dogmática sobre a qual se sustenta a teoria do erro de tipo.

A delimitação entre dolo e imprudência já não decorre simplesmente de análise binária de ausência ou presença de elementos psicológicos como a vontade ou o conhecimento, mas se ancora precisamente no questionamento a respeito da adequação ou não da aplicação da pena pelo delito doloso, ou seja, se leva em conta

a necessidade ou não do recrudescimento da resposta penal.

A antijuridicidade não se traduz simplesmente na contrariedade entre o ordenamento e a ação finalisticamente realizada sem amparo em causas de justificação. Ela cumpre o papel de resolução do conflito entre interesses sociais e interesses individuais, já que representa o campo no qual os referidos interesses entram em choque.[105] Há uma pretensão da coletividade em ver punido o sujeito autor de fato típico e uma pretensão do próprio autor do fato típico em resistir a tal castigo, com base na afirmação da prevalência do seu direito à liberdade dadas as peculiaridades do caso.

A culpabilidade não se resume a um mero juízo de reprovação. Ela sofre uma completa remodelação, sendo substituída pela categoria da "responsabilidade", assim entendida a possibilidade de responsabilização penal segundo critérios funcionais da pena, ou seja, trata-se essencialmente de uma avaliação do merecimento de pena. Não se despreza a culpabilidade como categoria. A culpabilidade passa a ser um dos componentes da responsabilidade, ao lado da necessidade de pena.

A perspectiva de sistema proposta por Roxin, não obstante a grande acolhida doutrinária que obteve,[106] não está isenta de críticas.

A principal delas é, sem dúvidas, a atribuição de diferentes funções para a pena (prevenção geral e prevenção especial positiva)[107] e para o Direito penal (proteção seletiva de bens jurídicos).[108]

Ora. Se a ideia é funcionalizar o sistema a partir das funções da pena, são estas que deveriam servir de baliza à construção dogmática. Por outra, existe um erro fundamental de incongruência na ideia de postular a afirmação de um crime por uma razão e depois aplicar uma pena por razões diversas daquela.

4.7.2 O funcionalismo sistêmico

Cerca de 20 anos depois das primeiras críticas de Roxin ao modelo finalista,[109] partindo da mesma ideia de funcionalismo, mas já com uma perspectiva absolutamente distinta no que se refere aos fundamentos, o Prof. Günther Jakobs propôs um modelo de imputação ao redor da ideia central de estabilização da

norma.[110] Para tanto, afirma que o Direito penal tem como missão principal a busca do reconhecimento da necessidade de estabilização normativa.

Jakobs aponta como sua teoria de base, da teoria dos sistemas,[111] cujo principal artífice no âmbito das ciências sociais foi Niklas Luhmann.[112]

Em realidade, a teoria dos sistemas tem origem no âmbito das ciências naturais, mais precisamente nos trabalhos de Humberto Maturana e Francisco Varela.[113] Esses autores, estudando a organização do vivo, o identificam como *sistema autopoiético*. Um sistema autopoiético produz continuamente a si mesmo, através de interações (*inputs* e *outputs*) com o seu meio, procurando a preservação de sua congruência interna, em permanente busca de estabilidade.

A teoria dos sistemas foi daí transportada para as ciências sociais por Luhmann, para quem toda a sociedade igualmente está organizada em sistemas e subsistemas autopoiéticos, ou seja, sistemas fechados e autorreferentes[114]. O sistema jurídico, por exemplo, é um subsistema do sistema social global.[115] Aqui, já não importa se o sistema jurídico produz ou não resultado justo, mas sim que *funcione*, preservando sua identidade – que é constituída de normas – e reduzindo a complexidade das relações sociais.

Dentro do subsistema jurídico também existem subsistemas, entre eles, o subsistema jurídico-penal. Daí a denominação dessa tendência de Funcionalismo Sistêmico.

A assunção da teoria dos sistemas por Jakobs implica em conceber que tudo o que existe é formado por sistemas e subsistemas autopoiéticos, e o Direito penal, como subsistema do sistema jurídico, teria uma concepção fechada, que visaria sua própria subsistência enquanto sistema. Ou seja, o Direito penal não é um instrumento de *controle social*, mas sim da preservação do sistema ao qual está atrelado, ou seja, visa promover estabilidade social. Para tanto, o objetivo central do Direito penal seria a busca de estabilização da norma, que é o seu elemento estrutural próprio. A aplicação da reação penal, ou seja, da pena e da medida de segurança, teria por objetivo gerar a confiança da população no sentido da vigência da norma que foi desafiada pelo autor do delito, de modo a fazer com que o próprio acusado e todos os

demais cidadãos tomem ciência de que a norma, embora desafiada, segue vigente.

Nesse sentido, Jakobs[116] refere expressamente:

> "não se pode considerar como missão da pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é, isto sim, reafirmar a vigência da norma, devendo equiparar-se, a tal efeito, vigência e reconhecimento. [...] Missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma".

Evidentemente, trata-se de um modelo que parte, antes de qualquer coisa, de um sistema fechado,[117] na medida em que identifica um ponto de referência concreto na expressão normativa. Sem dúvida, e em igual medida, esse modelo promove um alto grau de segurança jurídica e um ínfimo grau de flexibilidade.

Todo o sistema jurídico-penal se dobra em função de promover a estabilidade da norma que, por outra, é exatamente a função da pena identificada por Jakobs[118] e denominada de prevenção geral positiva.

Desse modo, há várias consequências básicas que saltam aos olhos: em primeiro lugar, a norma, e não mais o homem, passa a ser o sujeito em torno do qual se organiza o sistema jurídico-penal; além disso, partir da norma como estrutura de referência implica reconhecer sua validade a partir de uma mera obediência formal no que tange à sua edição, impedindo a crítica do sistema quando a aplicação da norma conduz a distorções em face do resultado justo pretendido; finalmente, há ainda a consequência de tornar o sistema jurídico-penal absolutamente subserviente de qualquer mecanismo político criminal implantado, ou seja, a partir do direito deixa de ser possível a crítica à política estatal. O direito não é instrumento de afirmação do indivíduo, mas sim da coletividade representada pelo Estado, que é fonte formal da norma. Portanto, o sistema de Jakobs é "fechado, autorreferente, e limita a dogmática jurídico-penal à análise normativa funcional do Direito positivo".[119]

Do ponto de vista das categorias do delito, evidentemente, toda a estrutura acaba funcionalizada em razão do escopo geral de promover a estabilidade normativa.

Desse modo, Jakobs[120] refere a uma ação já culpável, no sentido de Hegel,[121] desprezando-a como elemento do delito, na medida em que somente concebe ação em sentido ontológico do termo, e configura seu sistema dentro de padrões absolutamente normativos.

De outro lado, Jakobs concebe diretamente o injusto como a "ação intolerada socialmente",[122] que pode sustentar todos os elementos da ação antijurídica ou apresentar todos os elementos da ação antijurídica e da justificação, ou ainda não apresentar nenhum desses elementos. A presença dos elementos que tornam intolerável um comportamento, conjugado com a ausência de elementos justificantes, conduz ao que Jakobs[123] denomina "tipo de injusto".

Com isso, o sistema de Jakobs aproxima-se demasiadamente das teorias que tratam a antijuridicidade como "elemento negativo do tipo", ficando aberto a todas as críticas que contra elas se apresentam. Vários autores[124] chegam a qualificar a proposta de Jakobs como uma teoria dos elementos negativos do tipo.

No que se refere à culpabilidade, sua função na teoria de Jakobs[125] é justamente de caracterizar a motivação do autor como uma daquelas que estão em desconformidade com a norma, gerando o conflito. Assim, entende Jakobs[126] que quando "há um déficit de motivação jurídica, deve-se castigar o autor". Trata-se, sem dúvida alguma, de uma evidente pretensão de determinação do comportamento conforme a norma, muito mais próximo da intenção de uma regulação moral do que jurídica, com tintas nitidamente totalitárias.

De qualquer modo, a centralidade na norma e não no indivíduo, a artificialidade da ancoragem sistemática, que não resiste ao teste de autorreferência,[127] e a clara impermeabilidade à crítica normativa fazem do sistema proposto por Jakobs uma estrutura completamente desprezível tanto no seu aspecto de técnico-jurídico, quanto político-criminal.

Schünemann[128] chega a referir que o modelo de autorreferência, ou seja, a validação do sistema pela busca de sua própria estabilidade, retira o padrão operativo de limitação de suas consequências, conduzindo à conclusão de que para preservar a validade do Direito penal, os fins justificam os meios. É justamente essa

falta de limites, conjugada à ideia de que as pessoas não são mais do que subsistemas psicofísicos dentro dos sistemas sociais, que permite a Jakobs conceber um Direito penal do inimigo, com ampla intervenção e vazio de garantias.

4.8 Principais distinções e aproximações entre o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico

São inúmeras as diferenças entre os sistemas de Roxin e de Jakobs. É possível diferenciar os dois sistemas a partir dos mais distintos pontos de vista, tanto internos (dentro da teoria do delito) como externos (a partir de sua consideração macro).

Em primeiro lugar, Roxin[129] se refere ao fato de que Jakobs limita a missão do seu sistema de imputação à pretensão de estabilização normativa, que configura tão somente a ideia de justificação da pena através da prevenção geral, enquanto Roxin entende que essa missão é a prevenção de bens jurídicos, que inclui os direitos fundamentais do acusado e, por isso, traduz-se, em termos de teoria da pena, na prevenção geral positiva, mas também na prevenção especial.

Em segundo lugar, Roxin[130] aponta uma diferença quanto ao método consistente na admissão, de sua parte, da limitação negativa da determinação normativa com base empírica, fator negado veementemente por Jakobs, que adota um plano metodológico normativo absoluto.

Outro aspecto muito importante referido por Roxin[131] é que sua ideia de funcionalismo presume a pretensão de converter os princípios orientadores de um Estado social e democrático de Direito em "categorias dogmáticas e soluções de problemas jurídicos, enquanto que nos pressupostos sistemático-teóricos de Jakobs não existe nenhum conteúdo nem orientação político-criminal".

É possível, por outro lado, falar de algumas aproximações entre as duas perspectivas funcionalistas, alguns pontos comuns das perspectivas de Jakobs e Roxin.

Cumpre notar que a ideia geral de funcionalismo, ou de funcionalidade da teoria do delito, ou seja, a admissão de que a rede de conceitos proposta como teoria do delito serve para a realização de um escopo geral do próprio sistema político

criminal, implica assumir uma ideia de normativização básica e condicionante do Direito penal.

Já não se trata de afirmar estruturalmente o crime a partir de um conceito de ação, ontológico, oriundo da realidade fática do resultado ou de uma manifestação do propósito. O funcionalismo propôs o giro de admitir que a afirmação do crime é, antes de tudo, uma escolha política. Ou seja, afirmou-se a primazia do axiológico na concepção da estrutura punitiva. Trata-se, definitivamente, de passar do eixo ontológico para o eixo axiológico, como base do sistema de atribuição de responsabilidade penal, definitivamente, de negar a possibilidade de uma construção sistemática jurídico-penal com base em estruturas lógico-objetivas.[132]

4.9 O modelo de sistema significativo de imputação[133]

Conquanto ainda seja majoritária a opção pelos sistemas funcionalistas na dogmática em geral, percebe-se claramente uma movimentação em torno de uma nova revolução sistemática da teoria do delito.

Essa revolução vem ditada por dois fatores preponderantes: a sociedade sobre a qual as ideias funcionalistas brotaram não é mais organizada a partir do eixo de padrão social--democrata europeu dos anos 60 a 70 do século XX e, por outro lado, a migração normativa do modelo punitivo resultou em um contexto absolutamente desvirtuado, que Hassemer critica como sendo a *dialética do moderno*.[134] O que se pretendia com a referência ao bem jurídico, que era recortar o âmbito da imputação, deu ensejo a um critério positivo para a criação de novas incriminações, ou seja, à sucessiva criação de bens jurídicos cada vez mais vagos e espiritualizados, como forma de justificação de novas incriminações.[135] A prevenção como fundamento do castigo, que visava o afastamento da ideia retributiva, converteu-se em justificativa para o agravamento dos marcos penais, para o adiantamento de barreiras de imputação e até mesmo para o recorte de garantias processuais.[136] A orientação às consequências, que era uma ideia de fazer com que os aplicadores do sistema não estivessem alheios aos efeitos – sempre nocivos – da sua aplicação, converteu-se em um instrumento discursivo, de pedagogia social, utilizado para justificar a aplicação

do sistema penal como forma de afirmação pública da necessidade de respeito e proteção de determinados bens ou interesses,[137] convertendo o discurso punitivo de *ultima ratio* em *prima ratio*.

Está presente, portanto, outra vez, um esgotamento da perspectiva de sistema punitivo proposto, já que o reconhecimento da estrutura social baseada na dialética de *classes sociais* já se transferira para um passo adiante, exigindo novos câmbios sociais e, certamente, um novo esforço teórico correspondente.

O modelo de sociedade do século XXI é moldado por duas características essenciais: por ser uma sociedade de *consumo* e de *comunicação.* Cada vez mais um volume de informações assustador está disponível e propõe interferir no cotidiano das pessoas e estas se movimentam segundo uma lógica de inclusão pelo consumo, não mais pela capacidade de venda ou de exploração do trabalho.[138]

A estrutura de produção segundo regras de automação e a facilidade de informação no sentido da divulgação de produtos alterou a realidade do mercado, figura essencial na dinâmica social capitalista, passando a determinar a inclusão social do indivíduo não mais pela sua condição de trabalhador, mas pela sua condição de consumidor.[139]

Desse modo, o papel de crítica à violência do controle social da violência segue pertencendo à Criminologia, mas ela deve dar-se conta de que o mundo já ultrapassou a etapa marxista da divisão entre capital e trabalho e das classes divididas entre industriais e trabalhadores, passando para o mundo da excedência, que divide as pessoas basicamente entre os que consomem e os que não consomem.[140] A dinâmica do consumo é a dinâmica do símbolo, da representação, da velocidade e fluidez das relações, que pouco ou nada tem a ver com a relação estável e exploratória do trabalho. A exploração se dá por outro marco, o marco da inclusão/exclusão pelo consumo.

É nessa ordem de coisas que surge a necessidade de problematizar as normas sociais, elas mesmas, para avaliar se expressam os interesses generalizáveis dos membros da comunidade e se merecem ou não aceitação desse mesmo grupo social. Assim, a análise de um corpo normativo passa a constituir-se da verificação de se o

contexto normativo pode ser justificado e, portanto, ser considerado legítimo.

A validação das normas passa a depender da justificação pelo contexto, pela expressão de comunicação de um sentido que as torne válidas para um grupamento humano determinado. E é justamente a realização dessa *ponte* entre o ser e o dever ser que insere o direito enquanto expressão linguística.[141]

Por essa razão, o impressionante avanço do pensamento humano proposto pela Filosofia da Linguagem encontrou seu momento de interesse.

Propostas como a de Habermas[142] transformaram a estrutura da Teoria Crítica a partir de sua base. Ou seja, a crítica não mais estava remetida, no seu fundamento, a uma análise da sociedade como estrutura de produção, mas sim a uma análise da sociedade como estrutura de comunicação, o que gerou uma completa mudança de estrutura metodológica, tornando urgente uma reorientação de todas as estruturas normativas, com o que todos os campos de estudo humano viram-se imediatamente afetados. Com o Direito penal não haveria de ser diferente.

Verifica-se, atualmente, o despertar de um vivo interesse das aplicações da ideia de sentido que brota da Filosofia da Linguagem ao Direito penal, tanto desde um ponto de vista macro, da organização político-criminal, quanto da própria interpretação e ordenação sistemática das categorias que compõem o delito.

4.9.1 A visão significativa do sistema criminal

Desde um ponto de vista macro, da organização do sistema de imputação, a transformação se dá pela percepção das insuficiências geradas pela organização do sistema a partir de uma migração completa do âmbito ontológico ao normativo.

Percebe-se que, conquanto haja inegável insuficiência nas ancoragens em determinantes ontológicas tal como proposto por Welzel,[143] a solução de tais insuficiências não advém de uma igualmente radical migração para a absoluta normativização do sistema, especialmente se adotada através do recurso simplista proposto por Jakobs de submeter a estrutura punitiva à norma posta, como decisão autolegitimada.[144]

É óbvio que não é possível desprezar o componente ontológico completamente,

porque este interfere de modo necessário no próprio sentido de aplicabilidade da norma, bem assim, é igualmente óbvio que esse condicionamento é também bilateral, posto que a norma interfere no sentido da realidade. Não há, em verdade, uma subordinação, que os dois pontos de vista pretenderam, do ontológico ao axiológico ou vice-versa. O que há é uma perspectiva holística, de mútua interferência, estabelecida através de um processo de comunicação de sentido, este sim, campo sobre o qual se constrói – aliás, sempre se construiu[145] – a pretensão de validade do sistema punitivo em face das condutas humanas.

A lógica de estruturação do processo comunicativo tem na filosofia de Wittgenstein[146] firmada sua base estrutural, fundamentalmente na ideia de compreensão da linguagem como uma expressão de sentido, buscada no modo como naturalmente os homens agem. A totalidade do que existe em direito é, sem dúvida, composto por linguagem e ações.

Resulta que o direito também *existe*, ou ao menos, *se valida*, em sua própria aplicação, ou seja, em uma fórmula dinâmica e não estática. O direito não é uma fotografia, mas sim um filme.[147] Desse modo, é possível afirmar que não existe uma correção *a priori* do direito, posto que a validade das normas jurídicas (e a consequente correção das decisões nelas baseadas) só pode ser afirmada em face do caso concreto, através de um processo argumentativo, onde o produto final deriva da possibilidade de consenso entre os interessados sobre uma dimensão de sentido.

Basta ver que uma previsão normativa incriminadora, por exemplo, a modalidade culposa do art. 49 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998,[148] em vigor há mais de uma década, conta com nula penetração na esfera forense. A razão é elementar. Não há nenhuma possibilidade de consenso punitivo-persecutório em face da conduta representada pela norma em questão, derivando daí a completa ausência de dimensão de sentido da figura de um crime. Ou seja, não é que o *fato* descrito pelo tipo não ocorra, é que simplesmente não tem sentido de relevância social.

Essa percepção de que o Direito penal e a própria organização do sistema punitivo é nada mais do que o produto do processo de comunicação de sentido, estabelecido em um modelo hermenêutico pragmático, já vem sendo admitida por um

número crescente de penalistas.[149]

O primeiro trabalho importante que assumiu essencialmente esse posicionamento filosófico como base estrutural do sistema de imputação surgiu na Espanha em 1996, no estudo elaborado pelo professor Tomás Salvador Vives Antón a respeito do que ele considera os dois pilares fundamentais do Direito penal, quais sejam, a conduta e a norma. A proposta de Vives se assenta, por um lado, na filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein, que produziu o "giro pragmático" da filosofia com base na ação e a racionalidade prática e, por outro, no que se refere à metodologia de apresentação, na teoria da ação comunicativa e a teoria do discurso de Habermas.

Reconhecido no âmbito filosófico que o pensamento humano se estrutura ao redor desses fundamentos, o que faz Vives é organizar a racionalidade penal a partir dos jogos de linguagem expressos na ação e as formas de vida que dão racionalidade prática às regras. Por outro lado, na metodologia de apresentação dos temas de parte geral afirma as realidades a partir da compreensão da linguagem como acordo comunicativo que legitima as normas segundo pretensões de validade.

O professor Vives ancora sua proposta nas mais modernas teorias do direito, em especial no giro pragmático da filosofia de Wittgenstein e na metodologia própria desenvolvida por Habermas, que avançam a partir da semiótica para uma estruturação do discurso pragmático da linguagem. Supedaneado por essas teorias, Vives produz um sistema absolutamente congruente e ao mesmo tempo respeitoso para com a ideia de humanização na formulação de categorias do delito.[150]

A importância que assume essa proposição reside justamente no fato de sua estreita harmonização para com as modernas teorias do direito que surgiram a partir do pensamento filosófico pós-positivista.

Vives[151] assinala que não tem por objetivo a demolição da construção dogmática que se foi erigindo nos últimos séculos, mas simplesmente propor uma nova perspectiva de consideração dessas categorias, através de um novo modelo de compreensão do *significado* dos conceitos jurídico-penais.

Para tanto, Vives inicia assinalando que considera a ação e a norma os dois

conceitos fundamentais do Direito penal. A ideia de Vives é estruturar a ação e a norma dentro de uma proposta de significado.

O esgotamento da ação como categoria no âmbito da teoria do delito está associada à sua concepção como algo que há no mundo, como fato ontológico.

Vives parte da concepção fundamental de que a ação não pode ser um fato específico e nem tampouco ser definida como o substrato da imputação jurídico-penal, mas sim representa "um processo simbólico regido por normas"[152] que vem a traduzir "o significado social da conduta".[153] Assim, para Vives o conceito de ações é o seguinte: "interpretações que podem dar-se, do comportamento humano, segundo os distintos grupos de regras sociais"[154] e, portanto, elas deverão representar, em termos de estrutura do delito, já não o substrato de um sentido, mas o sentido de um substrato.[155]

Com isso, Vives logra diferenciar entre ações – que são dotadas de sentidos ou significados[156] e comportam interpretações – e fatos – que não têm sentido e comportam tão somente descrições.

Por outro lado, o sentido de tais ações é ditado por regras que as regem.[157] Tais regras, porém, são reconhecidas como tais na medida em que tenham seu uso estabelecido, pois só assim podem determinar o sentido de uma conduta. Ou seja, o reconhecimento da ação deriva da expressão de sentido que uma ação possui. A expressão de sentido, contudo, não deriva das intenções que os sujeitos que atuam pretendam expressar, mas do "significado que socialmente se atribua ao que fazem".[158] Assim, não é o *fim* mas o significado que determina a classe das ações, logo, não é algo em termos ontológicos, mas normativos. Vives o deixa claro com um exemplo:

> "minha compreensão de uma partida de futebol depende de que conheça as regras do jogo e de que, por conseguinte, possa efetuar uma correta atribuição de intenções aos movimentos dos jogadores: se desconheço as regras, não sou capaz de inferi-las e ninguém me explica, não entenderei o jogo e não saberei, na realidade, o que está ocorrendo ali (nem sequer poderei prever o que tenta fazer um jogador que se encontra de posse da

> bola). Mas, uma vez que as conheço e posso fazer, por conseguinte, as atribuições de intenção corretas, nem sempre qualificarei as jogadas (as ações dos jogadores) com base nas intenções que lhes atribuo: *v. g.*, se um defensor tem a intenção de afastar a bola, mas a introduz em seu próprio gol, não direi que afastou a bola, mas que marcou um gol contra sua equipe. As atribuições de intenção se encontram, segundo o referido, inseridas no seguimento de regras e são construtivas do significado, em termos gerais, mas não na forma de uma relação somente bilateral: as regras, que se materializam em atribuições de intenção, operam, com frequência, prescindindo do propósito de quem as segue ou infringe".[159]

O fim fica claramente desvinculado da determinação da ação. A ação é determinada pelo sentido que lhe dão as regras segundo as quais se lhe interpreta. Por isso, "a determinação da ação que se realiza não depende da concreta intenção que o sujeito queira levar a cabo, mas do código social conforme o qual se interpreta o que ele faz".[160]

Na verdade, a ação deve ser entendida não sobre algo que os homens fazem, senão o significado do que fazem. Não o substrato de um sentido, mas o sentido de um substrato.[161] Os fatos acontecem, as ações significam, têm sentido. Nas palavras de Martínez Buján-Pérez,[162] a ação "não é nenhuma classe de objeto do mundo que percebemos, mas sim se limita a significar".

As práticas sociais são, pois, contingentes da ação e da intenção.[163] Falamos de intenções já expressadas nas ações e não determinantes delas. Por isso, "os movimentos corporais não são interpretados como ações por causa da presença prévia ou simultânea de intenções",[164] na realidade, é a existência de uma prática de seguir regras que permite identificar o sentido que jaz na ação e inferir a realização de uma intenção.[165] Logo, "há uma intencionalidade externa, objetiva, uma prática social constituinte do significado".[166]

Contudo, é também certo que nem toda ação é intencional,[167] o que outra vez comprova que o núcleo da ação não está na intencionalidade, o que explica

claramente o fracasso do modelo finalista proposto por Welzel em explicar o delito imprudente. Ao contrário, a proposta de Vives ao seguir o modelo filosófico de Wittgenstein se afasta de tudo isso para identificar a ação segundo o significado, as regras e o seguir das regras, o que se, por um lado, reconhece que há uma relação interna entre ação e intenção, de modo nenhum determina que toda a ação, enquanto expressão de sentido, deva consistir, necessariamente, expressão de uma intenção.[168]

Resulta, pois, que em termos normativos, há tanto casos imprudentes quanto dolosos, sendo que o que identifica estes últimos – por certo –, normativamente, é a expressão de sentido que se traduz no compromisso com a produção do resultado típico, que não ocorre na imprudência.

É necessário, finalmente, deixar posto que o elemento fundamental que orienta o esquema de Vives e que, ao mesmo tempo, insere a dimensão de preservação do componente humano – ainda que seja normativamente estruturado – é a ideia de liberdade de ação,[169] que é justamente o ponto de união entre sua teoria da ação e sua teoria da norma (os dois pilares básicos de seu sistema de imputação).

Resulta que para Vives, a ideia de liberdade de ação que, situada na culpabilidade, provocou um intenso e aporético debate entre o determinismo e o livre-arbítrio, a nada conduz. Assim, propõe algo completamente distinto: que a liberdade de ação não fundamenta a culpabilidade, mas a ação. A liberdade de ação há de ser o pressuposto da imagem de mundo que dá sentido à própria ação.[170]

É que não se comprova a liberdade de ação em bases empíricas, mas se trata de conceber o mundo desde a liberdade de ação expressa nela própria, que é o que permite o juízo de aplicabilidade de alguma norma. Ao contrário, ao reconhecer a ausência de tal liberdade, exaure-se o próprio sentido de ação e não é possível pretender a aplicação de nenhuma classe de regulamentação jurídica.[171]

De outro lado, no que se refere à norma, Vives conclui que ela possui uma essência dupla, de decisão de poder e de determinação da razão. Assim, tanto em seu aspecto de valoração, quanto de determinação,[172] não há uma via impositiva, senão dialética. Porém, o que mais resulta importante destacar é que tanto ao decidir pelo conteúdo da norma quanto em sua dimensão mandamental, a norma possui uma

pretensão de validade. Essa pretensão somente pode ter lugar se não simplesmente obedece a uma decisão de poder, mas também se limita por uma argumentação racional.

Obviamente, a razão fundamental pela qual existe o sistema jurídico é responder a exigências de justiça.[173] O que pretende a norma jurídica é ser essencialmente válida, cuja pretensão obviamente não fica satisfeita com a presunção de legitimidade formal. Também é certo que não pode aspirar converter-se em norma moral, pois ainda que pretenda afirmar-se por si mesma e não em relação a um fim, porque não aspira ao aperfeiçoamento humano, mas simplesmente a gerir a ordem de coexistência humana.[174]

Justamente por esse caráter de racionalidade a pretensão de validade não pode reduzir-se a uma pretensão de verdade absoluta, já que o crime não é um fato ontológico. A dogmática não é mais que uma forma de argumentação, segundo a qual se organiza um conjunto de valores que visam conjugar ação e norma. Esses valores, referidos por Vives[175] como sendo "segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade", entre outros não são mais que "aspectos parciais da ideia central de justiça que o ordenamento jurídico pretende instaurar".

4.9.2 Uma proposta de organização da teoria do delito, a partir do sistema significativo

Vives estabelece que o ponto de partida da estruturação do sistema é a relação entre a norma e a ação, que se resume, segundo seu ponto de vista, no reconhecimento do que ele chama de "liberdade de ação".

Se a ação é um significado, um sentido, obviamente não está regida unicamente por normas causais. Liberta dos grilhões da causalidade, a ação é livre. Justamente por constituir um significado de livre eleição, a ação justifica o seu controle por normas. Vives[176] propõe então que a liberdade da ação seja o eixo central da organização do sistema penal.

Essa mudança de perspectiva tem efeitos diretos na desconstituição do perfil de culpabilidade clássica que se identifica como a possibilidade de agir de modo

diverso, ancorada no livre arbítrio. Em realidade, Vives[177] subtrai essa discussão do âmbito da culpabilidade e diz que a liberdade é pressuposto da própria ação e, como tal, não pode ser afirmada ou negada, mas tão só percebida.

Dessa forma, a proposta de Vives é a reordenação das categorias do delito segundo uma perspectiva que arranca da relação descrita entre norma e ação. Ao reconhecer uma pretensão de validez genérica da norma, Vives propõe que as distintas pretensões que compõem essa pretensão de validez representem as categorias do delito. Convém notar que Vives[178] não rechaça as categorias do delito tradicionalmente conhecidas, propondo tão só um câmbio de perspectivas de sua composição.

Assim, como categoria central do sistema de imputação, ponto de partida da análise do delito, aparece não já a ação típica, senão o tipo de ação, identificado como uma realização de algo que interessa ao Direito penal.[179] Desse modo, o tipo de ação corresponde a uma pretensão de relevância.

É oportuno ressaltar que não aparece no tipo de ação a intenção, já que se reconhece que as condutas podem ser realizadas estando ou não presente a intenção. O conteúdo do tipo de ação se resume a uma pretensão conceitual de relevância, que equivale à adequada compreensão linguística da definição típica pela lei (tipicidade formal) – e sua consequente limitação pelo princípio de legalidade em todas as suas vertentes – e uma pretensão de ofensividade que corresponde ao caráter de dano ou perigo ao bem jurídico (antijuridicidade material).[180]

Dentro da ideia de tipo de ação, evidentemente, restam compreendidos elementos do tipo configurados normativamente e não ontologicamente. É que se o tipo de ação é o reconhecimento de um significado, é certo que sua configuração somente pode ser normativa. Porém, a aferição dos elementos subjetivos do tipo de ação não responde ao questionamento a respeito dos processos psicológicos por que passa o agente, mas sim à observação de suas manifestações externas,[181] que não compõe o tipo desde um ponto de vista conceitual, mas sim substantivo. O problema da ação ou omissão torna-se então meramente aparente, na medida em que se trata de identificar, circunstancialmente, a existência de ação ou omissão tipicamente

relevante. Assim também a relação de causalidade, pois a identificação do sentido de causa só é possível a partir de “práticas, interpretações e novas práticas”.[182]

Finalmente, deve-se observar que com a introdução da antijuridicidade material, incor-pora-se definitivamente o resultado no tipo de ação, afastando os problemas que o finalismo trouxe na questão do desvalor do ilícito tentado.

A segunda pretensão específica a compor a pretensão genérica de validez na norma é a pretensão de ilicitude, que corresponde à antijuridicidade formal acrescida dos aspectos subjetivos do injusto.

Nesse ponto, de um lado propõe Vives que se faça a identificação da intenção de violação da norma, de realização de uma ação ofensiva de um bem jurídico não suportável pelas exigências do ordenamento jurídico.[183] A pretensão de ilicitude se desdobra na intenção regente já não do tipo de ação, mas da existência ou não de um compromisso com a violação de um bem jurídico, que corresponde ao tipo subjetivo – assim entendido o dolo e a imprudência – e, de outro lado, a consideração a respeito da exclusão da ilicitude pela presença de permissividades do sistema, que podem ser *permissões fortes* (causas de justificação) ou *permissões fracas* (escusas ou causas de exclusão de responsabilidade pelo fato).[184]

Os elementos subjetivos referidos por Vives compõem uma “intenção subjetiva” que não define a ação, mas sim permite ou não a persecução da conduta realizada pelo sujeito. O que se verifica aqui é a intenção a que alude o sentido da ação,[185] é dizer, se a ação realizada manifesta o compromisso de atuar por parte do autor,[186] caso em que haverá dolo, ou se há uma dupla ausência de compromisso: com o resultado típico e com possibilidade de evitá-lo, caso em que está presente a falta de dever de cuidado que caracteriza a imprudência, isso sim, analisada aqui desde um ponto de vista eminentemente subjetivo, já que a análise de violação do dever objetivo já figura na pretensão de relevância.

No que tange à antijuridicidade formal, Vives[187] propõe a realização de uma dupla verificação: da presença de causas de justificação e de excludentes de responsabilidade, por entender que o mesmo fundamento conduz o legislador a afastar a ilicitude com uma permissão forte ou fraca.[188]

Além das pretensões de relevância e de ilicitude que se referem evidentemente à ação, aparece a pretensão de reprovação, que se dirige ao sujeito e se traduz em um juízo de culpabilidade.[189]

Em conformidade com o postulado central da construção de Vives, qual seja, o da liberdade de ação, se reprova juridicamente ao autor a realização de um ato ilícito, em situação em que lhe era exigível que se comportasse de acordo com o direito, porém, não aqui no sentido do livre-arbítrio,[190] senão no sentido de que a ação é fundamentalmente a expressão de um atuar incondicionado pelo meio, pois do contrário não transmite esse sentido, senão o mero sentido de um acontecimento.

Essa pretensão de reprovação se apoia em duas condições: a imputabilidade, consistente na verificação de se o sujeito possui a capacidade de ser reprovado, e a consciência da ilicitude de sua ação, que cuida em concreto da análise das hipóteses de erro de proibição. Aqui a análise se reduz a se o sujeito possui capacidade de reprovação (imputabilidade) e consciência da ilicitude de sua ação.

Além dos demais requisitos do delito, Vives acrescenta uma pretensão de necessidade de pena, que deve fazer parte da pretensão de validez normativa, que pode eventualmente ser comparada com o que alguns autores classificam de punibilidade, porém, com conteúdo diverso.

Aqui já não se trata tão só da análise da presença ou ausência de condições objetivas de punibilidade ou de causas pessoais de exclusão da pena, senão que se inserem também as causas pessoais de anulação ou suspensão da pena, graça, anistia e todos os demais institutos que afastam a possibilidade de aplicação da pena ao caso concreto, quer derivadas ou não da lei.[191]

Trata-se, em verdade, de levar a extremo a aplicabilidade do princípio de proporcionalidade, que claro, desempenha função de marco abstrato nas demais pretensões de validez e aqui se consagra concretamente.[192]

Essa estrutura básica de sistema de imputação formulada por Vives Antón é adotada no presente trabalho, não apenas por sua evidente modernidade e associação com as teorias de base que representam o modelo mais evoluído do pensamento humano, mas também pela convicção de que é uma estrutura que traduz igualmente um

modelo absolutamente respeitoso para com a construção secular das garantias fundamentais dos seres humanos.

Além disso, a perspectiva do *significado* aproxima grandemente a dimensão científica da dimensão forense, por vezes levando à inevitável conclusão de que desde sempre os processos de imputação buscaram a tradução do *justo* como expressão de sentido e jamais encontraram nos modelos ontológicos ou normativos de estruturação do sistema punitivo algo que respondesse logicamente a essa aspiração. Pela primeira vez, o homem se aproxima de uma estrutura que guarda simultaneamente coerência lógica e abriga a dimensão do *justo*.

---

1 SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. El conocimiento científico del derec penal. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca 2001. p. 666.

2 Sobre o período entre a Revolução política Francesa e a Revolução Industrial qu origina na Inglaterra, vide: HOBSBAWN, Eric *A era das Revoluções*. 18. ed. Trad. de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

3 "Ser sujeito de direitos significa ser cidadão [...] é nesse contexto universal que s situa o cidadão da revolução Francesa, ou seja, o homem enquanto homem é sujeito de direitos pelo simples fato de ser homem, firmando-se a originariedade do *cives* perante o Estado, em contraposição ao *Ancien Regime*, no qual a cidadania era um *status* consentido pelo monarca." REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 76-77.

4 Vide, a respeito, os comentários de Quintero em: QUINTERO OLIVARES, Gonz MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel *Curso de Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Cadecs, 1997. p. 161-163.

5 Refere Reale que a Revolução Francesa instaura não só uma nova ordem jurídica mas uma nova razão profana, baseada nos conhecimentos do homem. REALE Miguel. *Nova fase*... cit., p. 74-75.

[6] Veja-se: DARWIN, Charles. *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*. London: John Murray, 1859.

[7] Nesse sentido: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do Direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

[8] Lombroso defendia a tese de condicionamentos atávicos do homem, como carga biológica, capaz de predeterminar a tendência à prática criminosa. LOMBROSO, Cesare. *O Homem delinquente*. Trad. de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo García. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

[9] Garofalo afirmava ser "impossível negar a existência psicológica do sentido moral criado, como todos os demais sentimentos, por evolução, e transmitido hereditariamente", de onde deduzia não ser estranho encontrar em raças diferentes um número variável de pessoas com uma moralidade *maravilhosa*. Concluía ser possível identificar, com base nestas premissas, a existência de um *delito natural*, ou seja, de um conceito de delito desvinculado de sua base legal. Dizia Garofalo que "podemos chamar de *delito natural* ou *social* à violência destes sentimentos por atos que, ao mesmo tempo, são prejudiciais à comunidade". GAROFALO, Rafaele. *La Criminología.* Trad. de Pedro Dorado Monteiro. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005. p. 8-9.

[10] Para Ferri, o Direito penal não poderia pretender ser abrangente em face do crime conquanto representativo apenas de relações jurídicas, porque estas são estipuladas em condições normais, e a atividade criminosa é precisamente uma relação *anormal* e *antisocial*, razão pela qual os aspectos pessoais do delinquente devem nortear o estudo do conhecimento do crime. Desse modo, propunha "abraçar de forma completa o problema da criminalidade" através do emprego de uma *Sociologia Criminal*, da qual a dogmática seria apenas um ramo, ao lado de outras ciências como a antropologia, a biologia, a estatística, a psicologia etc. FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal.* Trad. de Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, especialmente p. 77-93.

[11] KIRCHMANN, Julius Hermann von *La Jurisprudencia no es Ciencia.* Trad. de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949. p. 29.

[12] MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2006. p. 322.

13 HEGEL, Georg Wilhelm Friederich.*Lecciones sobre la filosofía de la historia universal***.** Trad. de José Gaos. Madrid: Alianza Editorial, 1997. p. 102-103.

14 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich.*Princípios da filosofia do direito.* Trad. de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990. p. 106.

15 Esses conceitos e o próprio método analítico ficam bastante claros na obra de Fra von Liszt, quem, já na abertura de seu tratado, menciona: "como ciência eminentemente prática, que trabalha continuamente para satisfazer as necessidades da administração de justiça, criando sempre novos frutos, a ciência do Direito é e deve ser uma ciência propriamente sistemática; pois somente a ordenação dos conhecimentos, em forma de sistema, garante aquele domínio seguro e diligente sobre todas as particularidades, sem o que a aplicação do Direito, entregue ao arbítrio ou aleatoriamente, não passaria de ser um mero diletantismo". LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho penal.* 4. ed. Trad. de Luiz Jiménez de Asúa, Madrid: Editorial Reus, 1999. v. I, p. 6.

16 Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura la teoría del delito.* 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. , p 196.

17 Nesse sentido anota Hans Welzel, *Derecho penal alemán.* 4. ed. Tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez-Pérez. Santiago: Editoria Jurídica de Chile, 1997. p. 13.

18 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1975. p. 118.

19 ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 198.

20 Nesse sentido: LISZT, Franz von.*Tratado de Derecho penal...* cit., v. II, p. 304. Assim também foi admitido por prestigiados autores brasileiros, como aparece em Aníbal Bruno, *Direito Penal. Parte Geral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. I., p. 282; e HUNGRIA, Nélson.*Comentários ao Código Penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I., t. 2º, p. 8.

21 Como bem resume Andrei Zenckner Schmidt: "Epistemologicamente, o *positivisn naturalista* é evidentemente falho ao ser adaptado ao Direito penal. Em primeiro lugar, porque a realidade não possui um sentido *em si*, completamente alheio à valoração jurídica. Em segundo lugar, porque é evidentemente temerário adaptar

uma ciência social e normativa, como é o Direito, ao método de uma ciência exata. Em terceiro lugar, porque o fenômeno criminal não pode ser explicado por meio de relações de causa e efeito, na medida em que o crime não é uma criação da natureza, mas sim um fato social que, em termos jurídico-dogmáticos, não passa do produto de uma atividade legislativa. Tais problemas influenciaram o resgate, em meados do Século XX, de uma vertente do *positivismo filosófico* orientado não ao conhecimento da natureza, mas sim do único fator que, pensava-se, poderia caracterizar o objeto do Direito: a norma jurídica." SCHMIDT Andrei Zenkner. *O Método do Direito Penal*... cit., p. 28.

22 REALE, Miguel. *Nova fase*... cit., p. 86.

23 O princípio fundamental reducionista de entender o Direito como "a norma posta" tem raízes que remontam à chamada Escola da Exegese, que teve início já no século XVII, ao menos na França. O fato de que o positivismo jurídico tenha tardado tanto a firmar-se no Direito penal, remontando ao princípio do século XX, deriva de que as matrizes do Direito penal decimonônico – Alemanha e Itália – tardaram muito inclusive em unificar-se politicamente, enquanto o princípio de legalidade estava completamente afirmado na França já com a Revolução de 1789. Para detalhes explicativos, veja-se: MIR PUIG, Santiago *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 16 ss.

24 Veja-se: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machad São Paulo: Martins Fontes, 1999.

25 Veja-se: HART, Herbert L. A. *O conceito de direito.* 5. ed. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

26 Veja-se: ROSS, Alf. *Direito e Justiça.* Trad. de Édson Bini. Bauru: Edipro, 200

27 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.

28 Karl Lorenz Binding (nascido em Frankfurt em 4 de junho de 1841 e falecido em Friburg em 13 de abril de 1920) foi um dos penalistas mais influentes da história do Direito penal alemão. Em sua obra clássica de quatro tomos e cinco volumes *Die Normen und ihre* Übertretung (1872-1919), tratou de abordar os problemas fundamentais do Direito penal de seu tempo desde uma perspectiva positivista jurídica. Tendo iniciado sua carreira acadêmica na Universidade de Heidelberg em 1864, consagrou-se efetivamente como catedrático da Universidade de Leipzig, em 1873, onde permaneceu durante 40 anos e apresentou ao público a

parte principal de sua vasta bibliografia.

29 Arturo Rocco liderou um movimento que eclodiu na Itália do princípio do século XX sob o nome de *Escola do Tecnisicmo Jurídico*, com a qual se pretendeu reagir às tendências da Criminologia de cunho etiológico que orientava a chamada *Scuola Positiva*. Sua pretensão era claramente de ressaltar a importância do direito positivo, enquanto norma, para o estudo do crime, afastando do interesse jurídico-penal, de consequência, a crescente interferência do modelo criminológico desenvolvido especialmente por Enrico Ferri. Rocco foi o verdadeiro pai do polêmico Código Penal Italiano de 1931, aprovado sob a égide do regime fascista. Tornou-se catedrático da prestigiosa Universidade de Roma.

30 Exemplificativa do período é a obra: BINDING, Karl. *Compendio di diritto pen*
Trad. de Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, 1927.

31 Algumas das obras mais significativas desse movimento são: STAMMLER, Rudo
Tratado de Filosofía del Derecho. Trad. de W. Roces. Madrid: Reus, 1930; RADBRUCH, Gustav *Filosofia do Direito*. 6. ed. Trad. de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979; e LASK, Emil *Filosofía Jurídica*. Trad. de Roberto Goldschmidt. Buenos Aires-Montevideo: BdeF 2008.

32 Nesse sentido: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema pen*
Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 415; MEZGER, Edmund *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico penal*. Tradução para o espanhol de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 21; e MIR PUIG Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, S. L., 1998. p. 155. Wilhelm Gallas, *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959. p. 8 relaciona algunos de los más significativos autores en cuyas obras se manifiesta la influencia neokantista. Aponta Edmund Mezger, com seu *Lehrbuch*, 2. ed., de 1933, Eberhardt Schmidt, com a atualização da 26. ed. do *Lehrbuch* de von Liszt, elaborada em 1932; Erik Wolf, com seu *Strafrechtliche Schuldlehre*, de 1928; Swinge, com *Teolosgische Begriffsbildung im Strafrecht*, de 1930; e H. Mittasch, autor de *Die Auswirkungen des werbeziehenden Denkens in der Strafrechtsystematik*, em 1939.

33 Cf. LARENZ, Karl *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Trad. de José

Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 117-118.

34 Gustav Radbruch foi eleito deputado em 1920 e em outubro de 1921 foi nomeado Ministro da Justiça da República de Weimar, no segundo gabinete presidido pelo Chanceler Wirth. Sua nomeação para Ministro da Justiça foi renovada em 1923. Ocupou a Cátedra de Filosofia do Direito da Universidade de Heidelberg a partir de 1926. Com a ascensão do nazismo, foi afastado da cátedra por incompatibilidade de suas ideias com o regime, durante o qual passou por várias humilhações, retornando à docência tão somente após o término da Segunda Guerra Mundial.

35 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*... cit., p. 228.

36 É importante anotar, porém, que o próprio Radbruch, passado o horror nazista, do qual ele próprio foi vítima, ao ver-se destituído de toda atividade acadêmica e política, reduzido a um exílio interior, tendo visto as atrocidades realizadas *em nome da lei*, mudou completamente seu posicionamento a respeito do positivismo jurídico. Publicou, então, dois trabalhos fundamentais da crítica ao positivismo. Um deles denominado "A arbitrariedade legal e o direito supralegal", onde defende a tese de que o conflito entre a segurança jurídica e a justiça deve ser resolvida em favor do direito positivo, exceto quando a aplicação da medida prevista em lei alcance um patamar tão insuportável que não se lhe possa considerar direito, mas sim um falso direito, caso em que deverá ceder passo para a justiça. Criava-se, assim, uma válvula de escape para o positivismo. Em outro trabalho, o célebre "Cinco Minutos de Filosofia", admite a supremacia hierárquica dos valores fundamentais do homem em face do ordenamento jurídico, onde afirma textualmente que "quando as leis negam conscientemente a vontade de justiça, por exemplo, quando os direitos humanos são arbitrariamente conspurcados, carecem tais leis de validade, o povo não está obrigado a obedecê-las e os juristas devem ter a coragem de negar-lhes o caráter de direito". Ambos os trabalhos estão compilados no interessante livro *Relativismo y Derecho*. Trad. de Luis Villar Borda. Bogotá: Themis, 1999, respectivamente às p. 25 ss e p. 71 ss.

37 No dizer de Radbruch, "a *ordem jurídica*, as normas jurídicas, são conceitos que acham já em si mesmos referidos, imediatamente, a valores (*wertbezogene*) – são *dados* de fato que, pelo sentido que possuem, se acham, como vimos, *ao serviço da ideia de justiça*". RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*... cit.,

p. 228.

38 A expressão é utilizada para designar o movimento, em função do resgate da ideia de valores como determinantes do conhecimento, que permeava a base filosófica do próprio Kant.

39 Existe edição espanhola: MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

40 Confira-se o comentário em: JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General.* 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 221. No Brasil, no mesmo sentido, as observações de Andrei Zenkner Schmidt. *O Método do Direito Penal*... cit., p. 42.

41 Primeiramente com Fischer, em 1911, desenvolvendo-se a tese dos elementos subjetivos do injusto mais profundamente no tratado de Mezger. Cf. FISCHER, Hans Albrecht. *Die Rechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*. München: Beck, 1911. p. 138; e MEZGER, Edmund.*Tratado de Derecho penal*... cit., t. I, p. 346-362 e 387-388.

42 Definidos por Mayer como "aquelas partes integrantes de um resultado típico que somente têm um significado valorativo". MAYER, Max Ernst.*Derecho Penal.* Parte General. Trad. de José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007. p. 228-230. MEZGER, Edmund.*Tratado de Derecho penal*... cit., t. I, p. 388-391.

43 Assim em Werner Maihofer. *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem.* Tübingen: J. C. B. Mohr, 1953. p. 72; ENGISCH, Karl.*Vom Weltbild des Juristen*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1965. p. 38 ss; MAIHOFER, Werner. Der soziale Handslungnegriff.*Festschrift für Eberhard Schmidt.* Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971. p. 178; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz.*Derecho penal, parte general, I.* Tradução da 7. ed. alemã para o espanhol por Jorge Bofia Gensch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 269; e SCHMIDT, Eberhart. Soziale Handlungslehre. *Festschrift für Karl English.* Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969. p. 339.

44 Assim em Gustav Radbruch. Zur Systematik der Verbrechenslehre.*Festgabe für Reinhardt Frank.* Tubingen: J. C. B. Mohr, 1969. v. I., p. 158.

45 Cf. RADBRUCH, Gustav*Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Darmstadt: Wissenchftliche Buchgeselschaft, 1904. Reimp. de 1967, p. 141 ss.

46 JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... c p. 221.

47 Nesse sentido: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Método do Direito Penal*... cit., p. 42.

48 Para essa tendência, somente existe o tipo de injusto, composto por elementos positivos (tipicidade) e negativos, (causas de justificação). A crítica central contra essa tendência diz respeito à colocação em um mesmo plano de desvaloração dos aspectos da tipicidade e antijuridicidade, de modo a igualar o desvalor da conduta de matar uma mosca (atípica) à conduta de matar um homem em legítima defesa (justificada).

49 JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... c p. 221. No Brasil: SCHMIDT, Andrei Zenkner.*O Método do Direito Penal*... cit., p. 42.

50 Cf. MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*…cit., p. 325.

51 FRANK, Reinhard.*Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.* Trad. de Gustavo Eduardo Aboso e Thea Löw. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2004.

52 Goldschmidt realiza essa associação a partir da separação entre norma jurídica d ação e norma de dever. Para detalhes confira-se em James Goldschmidt. Normativer Schuldbegriff. *Festgabe für Reinhard von Frank.* Tübingen: J. C. B Mohr, 1930. t. I. Há versão em espanhol: GOLDSCHMIDT, James*La concepción normativa de la culpabilidad.* 2. ed. Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007.

53 Nesse sentido, a crítica de Andrei Zenkner Schmidt. *O Método do Direito Penal*. cit., p. 42.

54 Welzel critica tanto o que ele chama de neokantismo formalista metódico, de Stammler, baseado na dicotomia absoluta entre o *conceito* de direito e a *ideia* de direito, quanto o que ele qualifica de neokatismo relativo, identificado com as posturas de Radbruch e Max Ernst Mayer. A ambos ele reserva igual crítica, ao afirmar que "o decisivo para a valoração e o destino da filosofia do Direito neokantiana não é, porém, seus esforços em torno da ideia de Direito, mas o fato

de que, sob sua ‘superestrutura ideal’, e não afetado por ela, permanece intacto, como um bloco errático, o ‘conceito estrito de Direito’ do positivismo”. Complementa, mais adiante, com a conclusão expressa de que “é possível designar a filosofia do Direito neokantiana como uma teoria complementar ao positivismo jurídico”. WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho, Derecho natural y Justicia material*. Trad. de Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1977. p. 195-199.

55 Isso aparece bem definido na explicação do dolo no tipo subjetivo em Hans Welz *Derecho penal alemán*... cit., p. 77.

56 Cf. WELZEL, Hans. *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*. Tr de Ernesto Garzón Valdés. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1962. p. 31 ss.

57 WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*... cit., p. 191-199.

58 WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*... cit., p. 257.

59 Nesse sentido sustentava que os únicos limites ao legislador terreno são os do qu for fisicamente possível, “por isso não pode reduzir de 9 meses a 6 o período de gestação ou estabelecer uma igualdade física entre o homem e a mulher, mas quanto ao mais, é livre”. WELZEL, Hans. *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*… cit., p. 35.

60 Essa fórmula de organização da teoria da ação tem clara origem no resgate do ontologicismo (*neo--ontologicismo*) promovido pela filosofia de Nicolai Hartmann, expressa em sua ideia de que “a atividade humana obedece a três estágios necessários: a proposta de realização de um fim antecipando-se hipoteticamente o curso causal das coisas; a determinação retrospectiva dos meios necessários para atingir tal fim e sua colocação em prática; finalmente, a obtenção do resultado proposto”. Veja-se, a respeito: HARTMANN, Nicolai. *El problema del ser espiritual*. Trad. de Mateo Dalmasso e Miguel Ángel Mailluquet. Buenos Aires: Leviatan, 2007. p. 218. No entanto, o próprio Welzel nega a vinculação com Hartmann, atribuindo a origem da teoria da ação finalista à obra *Grundlagen der Denkpsycologie*, de Richard Königswald, e à influência de outros psicólogos como Karl Bühler e Theodor Eristmann, entre outros. Cf WELZEL, Hans. *Das neue Bild des Strafrechtssystems*. 4. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1961. O comentário pode ser encontrado também em português, como em Hans Welzel. *O novo sistema jurídico penal. Uma introdução à doutrina da*

ação finalista. Trad. de Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Prefácio.

61 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 40.

62 Assim assinala, por exemplo, Zaffaroni, em seu estudo prévio à tradução da obra Hellmuth von Weber. *Lineamientos del Derecho penal alemán.* Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. X.

63 WEBER, Hellmuth Von. *Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechts.* Reichenberg: von Gebruder Stiepel Ges. M. B. H., 1929.

64 Graf zu Dohna concebia também o tipo dividido entre tipo subjetivo e tipo objeti ainda que mantivesse a antijuridicidade e a culpabilidade como contrapostos objetivos e subjetivos. Sua construção pode ser vista em Alexander Graf Zu Dohna. *La estructura de la teoría del delito.* Trad. de Carlos Fontan Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

65 WEBER, Hellmuth Von. *Lineamientos del Derecho penal*… cit., p. 56.

66 Cf. WEBER, Hellmuth Von. *Lineamientos del Derecho penal*… cit., p. 57-67.

67 Isso gerou a reação desesperada dos causalistas no sentido de preservar seu posicionamento aludindo às hipóteses de "ação esperada", como pretendeu Franz von Liszt. *Tratado de Derecho penal*... cit. v. II, p. 303.

68 Welzel afirma que o tipo é "a descrição concreta da conduta proibida", portanto, "uma figura puramente conceitual". WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 60.

69 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 221 ss.

70 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 96.

71 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 100.

72 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 174-177.

73 Veja-se, a respeito: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo.* Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2005.

74 O prólogo *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* foi traduzido por Muñoz Con e publicado como Edmund Mezger. *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal.* Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

75 A crítica é direta à concepção de ação final de Welzel, a quem Mezger acusa de confundir finalidade e voluntariedade. Veja-se Edmund Mezger. *Modernas orientaciones*... cit., p. 22-23.

76 A descoberta dos dados que vincularam Mezger a projetos legislativos de eliminação dos chamados *estranhos à comunidade* (*Gemeinschaftfremde*) somente veio à tona a partir de 2001, com os trabalhos de Francisco Muñoz Conde, especificamente, MUÑOZ CONDE, Francisco*Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, o qual rapidamente atingiu sua quarta edição, esta objeto de tradução para o português: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo*... cit.

77 O Código Penal brasileiro, por exemplo, ainda que com considerável atraso, alte sua parte geral em obediência ao modelo finalista no ano de 1984.

78 Essa circunstância é perceptível, por exemplo, na obra de Hans Joachim Hirsch. desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. *Derecho Penal. Obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998. t. I., p. 13 ss. O mesmo fenômeno é perceptível no Brasil, por exemplo, nos escritos de autores como Luiz Régis Prado (especialmente a respeito de temas de fundo axiológico como a teoria significativa da ação, a teoria da imputação objetiva ou o domínio funcional do fato no concurso de pessoas). Confira-se as opiniões do autor em Luiz Régis Prado.*Elementos de Direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. I.

79 Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

80 Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

81 Especialmente o livro: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica d direito penal.* 2. ed. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

82 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito.* 5. ed. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

83 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico.* Tradução de Márcio Pugliesi, Édso Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

84 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 481.

85 Nota Casalmiglia que essa percepção está intimamente associada à mudança de perspectiva de apreciação do direito, saindo do ponto de vista do legislador (no caso penal, da criminalização primária), para o ponto de vista do aplicador do direito (no caso penal, da criminalização secundária). Afirma o autor que "Los positivistas – y en cierta medida también los jusnaturalistas – tenían al legislador como el centro básico de análisis de la ciencia jurídica. El postpositivismo ha desplazado el centro de la atención de la legislación a la adjudicación. El intérprete del derecho y el juez ocupan el lugar que antes ocupaba el legislador como objeto de análisis." CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo*DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21 I, p. 209-220, Alicante: Instituto Juan Gil – Albert, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1998.

86 O texto chamou-se "Zur Critik der finale Handlungslehre" e encontra-se disponível em Claus Roxin. *Problemas fundamentais de Direito penal*. 3. ed. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998. p. 91 ss.

87 Essa era a pretensão exposta, por exemplo, por Heinz-Heinrich Jescheck em *Tratado de derecho penal – parte general.* 4. ed. Traduzida para o espanhol por José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 197.

88 A obra possui uma versão em espanhol: MARINUCCI, Giorgio*El delito como acción. Crítica de un dogma.* Trad. de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 181.

89 ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto ilícito.* Tradução para o espanhol de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

90 Se há uma base comum identificada para todas as tendências funcionalistas é a negação da ancoragem ontológica (ação, causalidade ou outras estruturas lógico-objetivas) do sistema de imputação, substituindo--a pela base associada exclusivamente a objetivos jurídico-penais. Nesse sentido, o comentário de Claus Roxin. *Derecho penal*... cit., p. 203. Também: LAMPE, Ernst Joachim Acerca de la fundamentación funcional del sistema de delito. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología y el funcionalismo*. Trad. de Carlos Gómez-Jara Díez, Guilhermo Orce e Miguel Polaino-Orts. Lima: Grijley, 2003. p. 214.

91 DURKHEIM, Émile. *As regras do Método Sociológico.* Trad. de Paulo Neves. S Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 67.

92 Cf. DURKHEIM, Émile. *O suicídio. Estudo de sociologia.* Trad. de Mônica Stah São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 472-473.

93 DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*... cit., p. 71-73.

94 A obra de Robert K. Merton é vasta e formada especialmente por artigos, entre os quais se destaca o célebre "Estrutura Social e Anomia". Seus principais trabalhos estão compilados em *Teoría y Estructuras Sociales*. 4. ed. Trad. de Florentino M. Torner e Rufina Borques. Ciudad de México: Fundo de Cultura Económica, 2002.

95 Cf. PARSONS, Talcott. *The social system*. Glencoe: The Free Press, 1951. Fazer análise similar a respeito do trabalho de Parsons, veja-se: TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 68.

96 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 99.

97 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*... cit., p. 100.

98 Aqui entendida como "consequência jurídica do delito", englobando pena e medi de segurança.

99 A terminologia é de Vives Antón em Tomás Salvador Vives Antón. *Fundamentos* cit., p. 435. Alguns preferem a denominação *funcionalismo dualista,* pela associação entre a lógica objetiva e a razão prática. Nesse sentido: SCHMIDT Andrei Zenkner. *O Método do Direito Penal*... cit., 90.

100 Nesse sentido o comentário de Ernst Joachim Lampe. In: LAMPE, Ernst Joachim. *Acerca de la fundamentación funcional del sistema de delito*… cit., p. 211.

101 Para uma resumida, mas densa, análise concordante da obra de Roxin feita por Alcides Munhoz Netto veja-se Aspectos da reforma penal. Homenagem a Aníbal Bruno. Org. Jair Leonardo Lopes e Marcos Afonso de Souza. 2. ed. Belo Horizonte: Lami, 1978. pp. 58-72.

102 ROXIN, Claus. *Derecho penal*...cit., p. 51.

103 ROXIN, Claus. *Derecho penal*...cit., p. 103.

104 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 277.

105 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 30.

106 Em maior ou menor medida, importantes penalistas como Francisco Muñoz Conde Santiato Mir Puig, Bernd Schünemann e Figueiredo Dias têm assumido boa parte das proposições sistemáticas de Roxin.

107 ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 95-98

108 ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 51.

109 Cf. MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito…* cit., p. 320.

110 "A contribuição que o Direito penal presta para a manutenção da configuração social e estatal reside em garantir as normas." JAKOBS, Günther.*Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid Marcial Pons, 1997. p. 45.

111 Jakobs justifica e associa a reação punitiva a uma quebra de expectativa social, remetendo a um texto de Luhmann, pretendendo fundamentar nele a necessidade de reação. JAKOBS, Günther.*Derecho Penal...* cit., p. 10, nota 8. Ocorre que, como se nota da própria teoria apresentada por Luhmann, são várias as consequências possíveis a partir de uma quebra de expectativas nas relações sociais, inclusive a assimilação do desapontamento às expectativas, não se resumindo à necessidade de reação punitiva. Veja-se: LUHMANN, Niklas *Sociologia do Direito I.* Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 62-63. Daí que se pode dizer que Jakobs, para acomodar suas teses, promove um recorte reducionista da própria teoria dos sistemas *luhmanniana.* Poder-se-ia dizer, inclusive, que o próprio Maturana oferecia, na vertente filosófica de sua filosofia, um exemplo de solução para o confronto do sistema diverso da busca de sua estabilização, consistente precisamente da reorganização do sistema sob outra forma. Como exemplo, o autor oferecia o surgimento do jogo de *rugby*, em 1823, quando, em plena partida de futebol, um dos jogadores, irado pela derrota do seu time, apanhou a bola com as mãos e procurou partir em direção à meta adversária, tendo sido abordado e contido pelos adversários. Com a iniciativa, percebeu-se que era igualmente prazerosa a disputa com a condução da bola com as mãos, dando origem à organização de um novo esporte. Cf. MATURANA, Humberto. Seres humanos individuais fenômenos sociais humanos. *Ontologia da Realidade.* Trad. de Cristina Magro,

Miriam Graciano e Nélson Vaz. Belo Horizonte: UFMG, 1999. p. 189-190 Quiçá ciente de que a mera referência de uma nota de rodapé não provoca qualquer identidade, mais recentemente, o próprio Jakobs afirmou que sua concepção sobre as normas jurídicas e o processo de comunicação não guardam conexão com as concepções luhmannianas. Cf. JAKOBS, Günter. Sociedad norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional. *Cuadernos de conferencias y artículos* nº 13. Trad. de Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996. p. 10. Na verdade, Jakobs tão somente busca argumentos de autoridade em teorias consagradas para justificar uma perspectiva de Direito penal nitidamente hegeliana, no sentido de aplicação da pena como negação da negação do direito. Crítica similar aparece em Lúcio Antônio Chamon Júnior. *Do giro finalista ao funcionalismo penal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 82-83.

112 Com conclusão semelhante, veja-se: TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto penal* cit., p. 62-63.

113 MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De Máquinas e Seres Vivos.* 3. e Tradução de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

114 Convém anotar, porém, como bem aponta Gildson Gomes dos Santos (em SANTOS, Gildson Gomes dos.*Perspectiva pós-colonialista sobre a intenção criminosa.* Uma abordagem fundada na matriz biológico--cultural da existência humana. Buenos Aires: UBA, 2013. p. 87), que a versão apresentada por Luhmann não corresponde, nem poderia corresponder, integralmente à teoria dos sistemas tal como concebida por Humberto Maturana e Francisco Varela (cuja versão mais atualizada é apresentada em MATURANA, Humberto; DÁVILA Ximena P. *El árbol del vivir.* Santiago do Chile: MVP Editores, 2015) simplesmente porque a teoria dos sistemas de Maturana tem por centro a vida humana, que aparece como "o cosmos", o centro de tudo que fazemos, levando a integrar o ser humano como elemento ontológico do sistema. Este centro gravitacional desaparece em Luhmann, que converte o ser humano em subsistema. A outra diferença também apontada por Gildson Santos diz respeito aos fundamentos epistemológicos, mencionando que Maturana estrutura sua teoria sistêmica sobre quatro bases: componentes, relações, organização e estrutura, enquanto Luhmann, por sua vez, suprime o conceito de organização. O autor aponta que tais alterações estruturais não permitem afirmar que o sistema

de Luhmann seja classificável como autopoiético. A despeito do entendimento do autor acerca de autopoiese, que pode, perfeitamente, em ciências sociais, ser entendido como autorreferência ou auto-organização, a crítica é pertinente e eu acrescentaria outra mais em reforço à sua convicção: justamente a ideia de infinitude, própria do ambiente biologicista de Maturana e Varela, perde-se completamente no transporte da ideia para teorias sociológicas, porque o saber humano é sempre finito. Com isso, a totalidade do saber perde seu continente (entorno), impedindo que se possa sustentar a existência do próprio sistema (conhecimento humano) que é constituído pela teoria dos sistemas.

115 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*... cit., p. 45 ss.

116 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*.... cit., p. 13-14.

117 Segundo Juarez Tavares. *Teoria do Injusto Penal*... cit., p. 129, "deve-se entende por sistema fechado aquele no qual as regras e princípios que o estruturam estão, de antemão, submetidos a determinadas restrições metodológicas".

118 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*... cit., p. 13.

119 Nesse sentido o comentário de Santiago Mir Puig. *Estado, Pena y Delito*…cit., p 321.

120 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*... cit., p. 153 ss.

121 Trata-se de um conceito total de ação, no sentido de igualar o crime à ação criminosa.

122 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*... cit., p. 190.

123 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*... cit., p. 191.

124 Nesse sentido (ROXIN, Claus.*Derecho penal*... cit., p. 248), Gimbernat (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.*Estudios de Derecho penal.* 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 203-204) e Mir Puig (MIR PUIG, Santiago.*Derecho penal*...cit., p. 159).

125 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*... cit, p. 579.

126 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*... cit, p. 579.

127 Nesse sentido, o comentário de Vives Antón, criticando, com acerto, diretamente Luhmann: "[...] a pretensão de Luhmann não é explicar o significado de um sistema normativo determinado, mas sim propor uma fórmula aplicável ao esclarecimento da estrutura de qualquer coisa, inclusive do significado das

palavras. Luhmann fica, assim preso por sua própria pretensão. Pois, como o conhecimento (a ciência) é também um sistema autopoiético, a teoria dos sistemas 'deve ser aplicada sobre si mesma e suas próprias descobertas' e 'entraria em contradição consigo mesma se pretendesse para si uma posição excepcional, com um acesso privilegiado à realidade externa'". VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos*... cit., p. 451.

128 Cf. SCHÜNEMANN, Bernd *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico--penal alemana*. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 44.

129 ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal.* Trad. de Carmen Gómez Rivero e María del Carmén García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 52. Apontando a mesma diferença entre os dois sistemas: MIR PUIG, Santiago *Estado, Pena y Delito*… cit., p. 321.

130 ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*... cit., p. 52-53.

131 ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*... cit., p. 53.

132 Nesse sentido: LAMPE, Ernst Joachim. Acerca de la fundamentación funcional del sistema de delito… cit., p. 214.

133 Para maiores detalhes sobre o assunto, veja-se Paulo César Busato. *Direito penal e Ação Significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

134 Ver, a respeito: HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 46 ss.

135 HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo*... cit., p. 47-48.

136 HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo*... cit., p. 48-50.

137 HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo*... cit., p. 49-51.

138 Nesse sentido, o comentário de Domingos Barroso da Costa, para quem "está-se diante de fenômenos que se desenvolveram num processo histórico que culminou com a consolidação de um modelo de sociedade fundado no consumo, o qual, para ser melhor compreendido, depende de uma exposição comparativa em relação a seu paradigma antecessor, que tinha por esteio um corpo social

amarrado aos processos de produção". COSTA, Domingos Barroso da. O rasgo na rede de proteção – uma análise crítica acerca das respostas do Estado brasileiro aos fenômenos da violência e da criminalidade na sociedade de consumo. *Boletim do IBCCrim*, ano 16, nº 189, São Paulo: IBCCrim, ago. 2008. p. 7.

139 Para detalhes dessa passagem é ilustrativa a obra de Zygmunt Bauman, especialmente *Libertad*. Trad. de Antonio Bonnano. Buenos Aires: Losada, 2007, e *Globalização*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. No mesmo sentido, no Brasil: COSTA, Domingos Barroso da. O rasgo na rede de proteção... cit., p. 8.

140 Vera Regina Pereira de Andrade aponta no sentido do reconhecimento dessa necessidade de transformação, ao afirmar que "desde há muito a Criminologia deixou de ser uma ciência da criminalidade e de exercer o monopólio do saber solitário sobre ela, para se reconhecer, num esforço compartilhado, mais modesto, como uma das Ciências Sociais que concebe a criminalidade mais como uma construção social resultante da interação continuada entre os processos de definição, seleção e estigmatização realizados pelo controle social formal ou penal [...] Compreender o controle é buscar compreender, portanto, como as sociedades se mantêm e se transformam, como constituem a identidade de seus sujeitos (subjetividades), como constroem a linha divisória entre a normalidade e o desvio, a cidadania e a criminalidade, a ordem e a desordem". ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Movimentos contemporâneos do controle do crime. *Boletim do IBCCrim*, ano 15, nº 184. São Paulo: IBCCrim, mar. 2008. p. 7.

141 Nesse sentido a observação de Haft: "O que caracteriza o aplicador do direito é uma constante mudança de código linguístico da conceptualidade abstracta das leis e dos dogmas para as descrições mais ou menos concretas das situações factuais dos casos jurídicos e vice-versa". HAFT, Frijtof. Direito e linguagem. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Org.: A. Kaufmann e W. Hassemer. 2. ed. Trad. de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 303.

142 Especialmente em Jürgen Habermas. *Teoría de la acción comunicativa*. 4. ed. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003. v. I, e *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. de Flávio Beno

Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

143 WELZEL, Hans. *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*... cit., 35.

144 "O Direito penal se legitima formalmente mediante a aprovação conforme a Constituição das leis penais. A legitimação material reside em que as leis são necessárias para a manutenção da forma da sociedade e do Estado." JAKOBS Günther. *Derecho Penal*... cit., p. 44.

145 Haft afirma que "já na Antiguidade o jurista era o homem que trazia ordem ao mundo, socorrendo-se exclusivamente de meios linguísticos. Ele procedia de forma sistemática. Ele estabelecia sequências. Indicava conceitos abstratos e resumia o caso com base neles. Analisava as alternativas de decisão. Escolhia os argumentos e determinava as suas posições relativas. Produzia relações de dedução. Apontava vias para chegar à decisão. Ponderava. Decidia. Criava ordem, ali onde outros apenas viam um caos. O jurista não sabia deste caos mais do que os outros. Sabia, porém, criar a ordem, não resolvendo assim o conflito, mas decidindo-o e dando-lhe um fim através de um compromisso o mais sustentável possível. O meio de que se socorria era a linguagem. E, bem vistas as coisas, neste aspecto, nada de fundamental se alterou até hoje". HAFT, Frijtof. Direito e linguagem... cit., p. 325.

146 Para maiores detalhes remeto à edição bilíngue: WITTGENSTEIN, Ludwi *Investigaciones filosóficas*. 2. ed. Trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002.

147 Não é à toa que os estudiosos da fórmula jurídica do *civil law* cada vez mais encontram pontos de contato com o direito anglo-saxão. É que o reconhecimento de uma perspectiva dinâmica e não estática do direito condiz perfeitamente com a organização processual e não material do modelo jurídico do *common law*. Nesse sentido a opinião de Frijtof Haft. Direito e linguagem... cit., p. 315. No campo do Direito penal é fácil perceber a progressiva importância do trabalho de George Fletcher.

148 Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, planta de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa.

149 Veja-se, por exemplo, além do precursor Tomás S. Vives Antón, *Fundamentos*... cit., 1996; MARTÍNEZ--BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007; FLETCHER, George. *The Grammar of Criminal Law*. New York: Oxford Universisty Press, 2007; ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSA Jose Luiz. *Compendio de Derecho penal. Parte General y parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; GORRIZ ROYO, Elena. *El concepto de autor en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; RAMOS VÁZQUEZ, Jos Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. No Brasil, assumindo expressamente a dimensão linguística na formulação da teoria do delito: BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa*... cit., MASCARENHAS JÚNIOR, Walt Arnaud. *Ensaio Crítico sobre a ação*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. Adotando o modelo comunicativo de um conceito de ação: TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 200 ss. De modo um pouco mais superficial também Paulo Queiroz. *Direito penal. Parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 9.

150 Na opinião de Carlos Martínez-Buján Pérez, catedrático de Direito Penal da Universidade de La Coruña, Espanha, trata-se do nascimento do grande sistema penal do século XXI. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. La "concepci significativa de la acción" de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord.: Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha; Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001. p. 1076. Há versão brasileira: MARTÍNEZ BUJÁN-PÉRE Carlos. A concepção significativa da ação de T. S. Vives. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

151 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 29.

152 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 205.

153 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 205.

154 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 205.

155 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 205.

156 Com a palavra *sentido*, ou *significado*, Vives pretende referir à teoria do

significado como uso de expressões. Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 208-211.

157 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 213.

158 Vives o explica com uma analogia com a linguagem altamente esclarecedora: “para que haja linguagem é preciso que os sujeitos queiram dizer algo; mas, o significado do que dizem não depende do que queiram dizer com isso, mas do sentido que, de acordo com a ‘gramática’ da língua em que se expressem, caiba atribuir a suas intenções”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador*Fundamentos*... cit., p. 214.

159 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 215

160 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 216.

161 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador*Fundamentos*... cit., p. 205. É o que Vives qualifica de um “giro copernicano” na teoria da ação.

162 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La concepción significativa de la acción de S. Vives... cit., p. 1079.

163 No dizer de Vives, “a intenção se acha referida a regras, técnicas e práticas, e pressupõe, por conseguinte, uma competência – ‘quem deseja dizer algo tem também que ter aprendido a dominar uma linguagem’ – só a partir desta competência, e das regras cujo domínio comporta, é possível estabelecer uma relação derivada – indireta – entre fins e movimentos corporais”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 218.

164 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 218.

165 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 218.

166 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 219.

167 Vives comenta, citando Fenichel: “[...] poderíamos estar de acordo que uma pessoa não pode prometer se não tem a intenção de prometer. [...] Mas quem queria manter que alguém não pode ofender sem propor-se a ofender? Que uma pessoa não pode decepcionar sem ter a intenção de decepcionar? É possível ter a intenção de mentir com o fim de mentir, mas não é necessário propor-se a enganar para enganar. Com as ações ocorre como com os crimes em nosso sistema legal: algumas são contingentes a respeito da intenção relevante, enquanto que outras dependem das consequências objetivas”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 215-216.

168 "A determinação do sentido [...] não depende da intenção que pudesse ser atribuí ao sujeito pois o 'ser-sobre-objetos' de sua ação – sua *intencionalidade* – não se constitui subjetivamente, mas de modo objetivo, em virtude das convenções – costumes, hábitos ou normas – que a definem." VIVES ANTÓN, Tomá Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 223. Sobre a crítica ao modelo welzeliano, veja-se: VIVES AN-TÓN, Tomás Salvador*Fundamentos*... cit., p. 222, especialmente nota 54.

169 "A liberdade de ação constitui – como implicitamente se mostrou até agora – o ponto de união entre a doutrina da ação e a doutrina da norma: pois só se os movimentos corporais não se acham inteiramente regidos por leis causais, só se há uma margem de indeterminação que permita falar das ações como distintas dos fatos naturais, é possível pretender, por sua vez, que estas sejam regidas por normas. A análise das normas como algo distinto da investigação das leis da natureza só tem sentido desde a pressuposição da liberdade de ação, que se converte, assim, no pressuposto sobre o qual –necessariamente –, deve girar a sistemática." VIVES ANTÓN, Tomás Salvador*Fundamentos*... cit., p. 334. É importante deixar sentado aqui que a ideia de liberdade de ação de Vives não despreza as condicionantes humanas. Isto é importante, porque a partir das críticas deterministas de corte criminológico crítico, é possível chegar à descabida crítica de que a liberdade de ação como tal, não existe. Mas, a liberdade de ação à qual refere Vives é simplesmente aquela que permite identificar a ação como obra pessoal e não do acaso. Ou seja, uma possível proposta crítica de corte determinista, para afastar a ideia de liberdade de ação de Vives, deveria partir de um absoluto determinismo na totalidade das atuações humanas, com o que o desprezível já não seria o mero conceito, mas a própria existência de um sistema de imputação de responsabilidade jurídico-penal ou inclusive um sistema jurídico enquanto tal. Assim, uma oposição dessa natureza tem que partir da admissibilidade de uma premissa não só abolicionista, mas diretamente anarquista. A ideia de liberdade de ação aqui proposta se refere à ação enquanto expressão de um sentido comunicativo, ou seja, enquanto forma de linguagem, enquanto forma de transmissão de um significado, onde a própria validade das regras utilizadas em sua interpretação determina o contexto de liberdade. Com argumentos adicionais a estes na defesa do conceito de liberdade de ação em Vives: RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio*Concepcción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*... cit., p. 469 ss.

170 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p. 57.

171 "Certamente, pode produzir rechace a ideia de que se castiga sobre a base de uma indemonstrável pressuposição de liberdade de vontade. Mas, castigar não é uma opção teórica, mas uma opção prática. *Ou se pressupõe que o homem é livre, e se lhe castiga pelas infrações das normas que livremente comete, ou se pressupõe que não o é, e então é necessário recorrer a esquemas causais (não normativos) para dirigir sua conduta*. Por insatisfatório que pareça castigar sobre a base de uma pressuposição, mais insatisfatório resultaria governar a sociedade humana como se se tratasse de um mecanismo. O homem poderia então ser tratado como um puro fenômeno natural. Os poderes do Estado sobre o indivíduo não tropeçariam com o limite representado pela dignidade humana, que se baseia na ideia de que o indivíduo é um ser capaz de escolha, 'legislador no reino dos fins' para empregar a expressão kantiana. As garantias próprias do Estado de direito pareceriam desprovidas de sentido, e inclusive a própria ideia de Estado de direito seria absurda, pois em uma sociedade governada segundo a hipótese determinista não teria sequer porque existir Direito." COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Direito Penal*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 542-543.

172 O reconhecimento de uma função de determinação, motivadora, da norma em Vives não se traduz em adesão ao ponto de vista teórico que a partir de Gimbernat (vide a respeito: GIMBERNAT ORDEIG, Henrique. *Estudios de Derecho Penal*... cit., p. 146-174) vem identificando na norma a missão de configuração da consciência pessoal através da interiorização. Admiti-lo seria contraditório com a afirmação da liberdade da ação, substituindo a relação entre esses dois pilares da teoria da imputação uma relação conflitiva.

173 COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal*... cit., p. 267.

174 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 362; COBO do ROSAL, Manuel; VIVES AN-TÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal*... cit., p. 267 ss; e MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p. 40-42.

175 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 482.

176 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 334.

177 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 313.

178 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 70.

179 “Para que tal coisa possa afirmar-se, é preciso que a ação particular que se persegue possa ser entendida como um tipo de ação definido na lei.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 484.

180 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 484.

181 “[...] os estados e processos mentais não são equiparáveis aos estados e processos físicos: quando se trata de estados e processos próprios, não podem observar-se, porque não se *veem*, senão que se *vivem*; quando são alheios, só cabe observar suas *manifestações externas”*. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 252.

182 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 310.

183 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 482.

184 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 485.

185 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 224.

186 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 232.

187 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 487.

188 Ver, a respeito da aproximação entre causas de justificação e exclusão de culpa, ademais, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 221 ss; e FLETCHER, George Patrick. The Right And The Reasonable. *Rechtfertigung und Entschuldigung/Justification And Excuse*. Coordenação de Albin Eser e Geroge P. Fletcher. Freiburg: Eigenverlag Max-Pank Institute, 1987. p. 67-119. Há versão em língua espanhola: FLETCHER, George Patrick. *Lo Justo y lo Razonable*. Tradução para o espanhol de Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. No Brasil, publicou-se sob a forma de artigo em George Patrick Fletcher. O Justo e o Razoável. *Novos Estudos Jurídicos,* v. 9, nº 2, Trad. de Paulo César Busato e Mariana Cesto. Itajaí: Univale, maio/ ago 2004. p. 183-230.

189 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 487.

190 Na concepção de VIVES, a questão da chamada culpabilidade (do poder atuar de outro modo) não é entendida no sentido escolástico do livre-arbítrio, mas desde

a própria filosofia da ação. Ao exigir a pressuposição da "liberdade de ação", para a própria afirmação desta, Vives se afasta tanto das tradicionais teses que partiam da base do reconhecimento do "livre arbítrio" quanto das modernas concepções sobre o conteúdo da culpabilidade, estabelecida em bases preventivas.

191 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*...cit., p. 487.

192 Nesse sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La concepción significativa de la acción de T. S. Vives... cit., p. 1102.

Capítulo 6

A DIMENSÃO FORMAL DA PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA – (TIPO DE AÇÃO) OU PRETENSÃO CONCEITUAL DE RELEVÂNCIA

INTRODUÇÃO

A categoria fundamental da teoria do delito foi sempre o conceito de ação ou o conceito de tipicidade.

Em um primeiro momento, quando da organização do sistema em bases ontológicas, ou seja, ao amparo da ideia de ciências naturais, a busca foi por firmar um conceito de ação extraído do mundo do ser, capaz de servir de substrato ontológico às dimensões axiológicas do delito.[1]

Em um segundo momento, a falência do conceito ontológico de ação, vale dizer, a incapacidade dos conceitos oferecidos de cumprirem com as funções propostas por eles mesmos, gerou a superação do conceito de ação pelo conceito de tipo como base de organização da teoria do delito,[2] representando essa tendência uma segunda fase, que se pode chamar de normativização da teoria do delito.

Os modelos predominantes de sistemas jurídico-penais passaram a iniciar sua organização a partir da categoria da tipicidade, tentando a superação da insegurança do conceito de ação,[3] abrindo passagem, porém, a tendências de normativização extrema que, desprezando completamente os aspectos e as condicionantes ontológicas, podem chegar a compor sistemas fechados à crítica e, consequentemente, à sensibilização para com a evolução social, tal como o modelo funcionalista sistêmico.[4]

É importante notar que, na transição do modelo ancorado na ação para o modelo ancorado no tipo, alguns finalistas procuravam solução na associação entre a

categoria do tipo e a categoria da ação, como por exemplo, Gallas,[5] para quem seria impossível a existência de um “conceito pré-jurídico de ação”, propondo, em seu lugar, um “conceito de ação *especial* pertencente já ao âmbito da norma jurídica”. Com isso, Gallas pretendeu a adoção de uma categoria fundamental de “conduta típica”, onde a característica normativa do tipo fosse indissociável do conceito de conduta. Conquanto esta proposta não tenha sido vencedora nem mesmo entre os próprios finalistas, parece evidenciar a inviabilidade de uma separação taxativa proposta por uma ideia de ação pré-jurídica como base estrutural da teoria do delito.

O modelo significativo de teoria do delito irá propor uma aproximação também entre essas duas categorias, embora ancorada já não em uma mera adição, mas em uma simbiose derivada do modelo de interpretação comunicativa em que se alicerça a teoria de base aqui oferecida. A categoria fundamental da qual parte a organização do sistema de atribuição de responsabilidade penal, então, não é somente a conduta, nem o tipo, nem a conduta típica, mas o *tipo de ação*, que representa uma pretensão de relevância, ou seja, que pretende a identificação da situação concreta relevante para o Direito penal, ou seja, de que a ação ou omissão realizada seja uma daquelas que pertencem ao âmbito de interesse do Direito penal.

1 CONCEITO E FUNÇÃO: A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

A princípio, a classe de ação que interessa ao Direito Penal é tão vinculada ao interesse de controle social derivado da necessidade de proteção de bens jurídicos quanto o próprio tipo, pelo que ambos devem ser analisados conjuntamente.

Daí se conclui que podemos falar, em princípio, tanto de “tipo de ação” quanto de “ação típica”. De qualquer modo há outras razões pelas quais se apresenta recomendável a adoção do “tipo de ação” como referente inicial da Teoria do Delito.

Parece clara a possibilidade de reconhecer, na realidade natural, e não jurídica, a existência de ações que não correspondam a nenhum tipo. Mas, pelo contrário, não deve existir tipo a que não corresponda uma conduta (comissão ou omissão). A eventual elaboração de “tipos de autor” contrastaria com o Direito penal do fato, próprio dos Estados de perfil democrático.

Com efeito, a defesa de um Direito penal do fato em oposição a um Direito penal de autor faz vincular o tipo à existência de uma conduta. Mas isso não é incompatível com a adoção de um modelo baseado no “tipo de ação”, notadamente na construção de Vives onde o tipo de ação se traduz em uma “pretensão de relevância” na qual se tenta estabelecer que determinada ação humana é uma das que interessam ao Direito penal.[6] Isso se dá através da identificação de uma “pretensão conceitual de relevância”, onde se produz a justaposição conceitual da norma e da conduta; e da confirmação de uma “pretensão de ofensividade”, que se traduz na lesão ou perigo ao bem jurídico.

Para determinar o melhor eixo sistemático, o caminho parece ser o de ter em conta as funções desenvolvidas na teoria do delito por cada um dos elementos pretendentes a ocupar esse posto, desde uma perspectiva que aproxime a teoria e a *praxis*.

Convém recordar que os tradicionais sistemas jurídico-penais baseados na ação exigiram desse conceito um grande número de funções, cujo desempenho provou-se impossível, levando a doutrina ao reconhecimento da incapacidade do conceito em corresponder ao que dele se esperava. De outro lado, não parece que a adoção de uma concepção significativa de ação promova um esvaziamento total da categoria da ação a ponto de fazê-la perder por completo sua importância dogmática. O que ocorre, sem dúvida, é uma redução das funções que o conceito pode cumprir, e mesmo uma mudança de estrutura intrínseca, deixando de ser um substrato material para converter-se em um sentido. Na realidade, o conceito de ação não pode mais do que executar uma função negativa de estabelecer limites de ausência de ação.

Por seu turno, o tipo penal cumpre uma função político-criminal muito mais ampla, de expressar o perfil do Estado na medida em que mais ou menos obedeça às determinações dos princípios de Direito penal, principalmente o de legalidade. Além disso, o tipo é criado em função da necessidade de proteção de bens jurídicos, pelo que deve existir uma necessária correspondência entre o tipo e o dano ou perigo a um ou mais bens jurídicos, como corolário do princípio de intervenção mínima.

Disso deriva a conclusão de que o tipo cumpre funções mais amplas que a ação

na teoria do delito. A ação relevante desde um ponto de vista jurídico-penal resulta inteligível em função do reconhecimento de práticas sociais que se expressam nos tipos.

Acontece que a análise do tipo penal vai muito além tanto da ideia de Beling, de composição de uma figura reitora (*Leitbild*) quanto da junção pretendida pelos finalistas entre uma dimensão fática e outra jurídica.

Embora Beling tenha identificado corretamente que não se pode confundir a conduta que realiza o tipo com o próprio tipo, remetendo à analogia de que o tipo está para a *partitura* enquanto a conduta está para o *concerto*, já que embora a *peça* seja uma espécie de 'programa' a ser seguido pelo concerto, não é sequer uma parte dele[7], a separação taxativa entre uma conduta pré-delitiva e o *Tatbestand* legal não é suficiente.

O finalismo *welzeliano* também intuiu de modo acertado que "os comandos do direito não podem dirigir-se a processos causais cegos, mas somente a ações"[8], mas também de modo insuficiente, pretendeu que a tese de Beling fosse completada por um componente intelectual que seria inerente à ação, qual seja, a orientação subjetiva a um fim.

De fato, como alerta Vives Antón[9], é verdade que uma partitura permitiria compreender o sentido musical do que se escuta, no entanto, caso em uma sala de aulas, caso o som de um aluno sentando-se, outro fechando um livro, e outro abrindo um estojo, reproduzissem três notas de uma sinfonia, não diríamos que eles a estão executando, do mesmo modo que nem sempre alguém que diga: 'agora vou te matar' estará fazendo uma clara ameaça de morte, senão que, no contexto de uma sucessão de piadas contadas entre amigos, pode ser o anúncio de algo ainda mais engraçado e alegre.

Importa perceber, ainda, que o socorro à eventual finalidade ou intenção do sujeito, tampouco nos socorre para a determinação do sentido, por duas razões: a primeira, porque tal finalidade ou intenção é um processo interno e inacessível ao intérprete e, em segundo lugar, porque não poucas vezes aquilo que se quer não é o que efetivamente se expressa.

Daí que, a única forma de determinar o significado das palavras que compõem o tipo é acudir ao seu uso comum, ou seja, o modo como reiteradamente elas são utilizadas para interpretar algo que se faça. “O sentido vem dado pela prática na qual se insere”[10], pelo que os termos de identificação do tipo não pertencem à linguagem dos processos físicos nem mentais, mas à linguagem da ação, ou seja, da realização contextual de algo.

Essas razões conduzem a escolher o “tipo de ação” em substituição à “ação típica” como expressão inicial da teoria do delito. Nesse sentido é o comentário de Vives Antón[11] quando refere:

> “As ações não resultam, pois, ininteligíveis, por referência a estruturas objetivas (físicas ou lógicas) situadas fora delas, mas sobre a base de que se entrelaçam em práticas, em plexos regulares de interação que determinam o sentido. Com base no papel que exercem estes plexos, podemos falar de diferentes *tipos de ação*, e tais *tipos de ação* – que não são senão expressão de diferentes funções sociais – constituem *o dado primário* de nosso conhecimento da ação.”

Desse modo, temos que a análise primária da situação concreta diz respeito a se está presente uma ação e se essa ação corresponde a uma daquelas definidas pela norma correspondente.

Definitivamente, a ação exerce uma função de dar sentido ao tipo, ou seguindo a proposta dogmática Vives, de dotar de pretensão de relevância o *tipo de ação*.

2 O CONTEÚDO DO TIPO DE AÇÃO: PRESSUPOSTOS

A análise a ser feita é de se a conduta examinada pertence ou não ao grupo de condutas que podem ser consideradas relevantes a efeito jurídico-penal.

O conteúdo da pretensão *geral* de relevância ou *tipo de ação* é formado por duas subpretensões, quais sejam, uma pretensão *conceitual* de relevância e uma pretensão de ofensividade.

A pretensão *conceitual de relevância* refere-se à comprovação de que uma

determinada conduta corresponde a um tipo, ou seja, é relevante para o Direito penal. Isso acontece quando se identifica na conduta um sentido correspondente àquele que é descrito por uma norma incriminadora, como o roubo, o furto, o homicídio etc.

Assim, o que se estuda aqui é a conjugação da previsão legal (tipicidade formal) e as modalidades de conduta (ação e omissão), além da relação da ação com o resultado e os elementos de união entre um e outro, sejam ontológicos (nexo causal) ou axiológicos (critérios de imputação objetiva). Tudo isso é a expressão sistemática do princípio de legalidade.

Evidentemente, trata-se de uma correspondência, ou seja, de que a situação concretamente analisada seja uma ação ou omissão que transmite o sentido correspondente à descrição de um tipo.

A pretensão de *ofensividade*, por sua vez, diz respeito à comprovação de que um bem jurídico digno de proteção penal foi atacado de modo grave o suficiente para determinar a intervenção do direito penal. Parece óbvio que não se pode justificar político-criminalmente a aplicação de um castigo simplesmente pela violação de uma regra jurídica, é sempre necessária a demonstração da ofensividade.

Estudam-se na pretensão de ofensividade as questões derivadas do bem jurídico, que são correspondentes à dimensão material do tipo ou da antijuridicidade. Há divisão doutrinária[12] sobre onde situar – se na antijuridicidade ou na tipicidade – a dimensão material de provocação de um dano ou um perigo a um bem jurídico, com a consequência de que o tema é classicamente tratado como *tipicidade material* ou *antijuridicidade material*.

No sistema aqui adotado, a pretensão de ofensividade compõe o tipo de ação, de modo que se pode falar claramente que a falta de violação de um bem jurídico torna o fato penalmente irrelevante, por falta de pretensão de ofensividade, de modo que, caso ausente a violação de um bem jurídico, não existe um tipo de ação ou omissão.

2.1 A exigência de uma ação

Pode-se dizer, assim, que para a configuração do primeiro item da teoria do delito, qual seja, do tipo de ação, é necessário, em primeiro lugar, que o tipo em

questão corresponda a uma ação ou omissão, porquanto aí está representada a garantia de um Direito penal do fato e não do autor.

A dimensão de sentido que torna relevante o fato para o Direito penal é justamente a presença de um tipo que corresponda à pretensão normativa representativa de uma ação ou omissão.

Ou seja, a primeira coisa a verificar é se o tipo em questão corresponde efetivamente à incriminação de uma conduta. Essa identificação, no modelo significativo, já não ocorre a partir da identificação de uma ocorrência física-ontológica, mas sim através da identificação de uma dimensão de sentido de um comportamento que expressa uma ação ou omissão. Um tipo somente se justifica a partir de que pretenda a incriminação de uma ação ou omissão.

A concepção significativa da ação assenta-se sobre conceitos fundamentais de ação e norma e na compreensão do significado da conjunção destas, existente na ideia fundamental de "liberdade de ação"[13].

A principal inovação desse modelo consiste em deixar de considerar a ação como algo que os homens fazem e passar a considerá-la como o significado do que os homens fazem.[14] Os fundamentos de uma concepção significativa de ação se encontram na ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado.

Ou seja, a ação ou conduta deixa de ser um acontecimento desenvolvido no mundo do ser, onde as distinções entre ações humanas e meros acontecimentos físicos é de difícil determinação, e passa a ser um sentido, ou seja, uma expressão simbólica de uma atividade. Assim, não se pode qualificá-lo como um conceito ontológico,[15] pois não está fundamentada no "ser" naturalista, nem tampouco pode ser qualificado exclusivamente como axiológico,[16] pois não é totalmente situado no "dever ser".[17]

A comunicação ou percepção do significado não provém de uma realidade do sujeito (interna) nem tampouco do objeto (externa), mas da inter-relação entre eles. A comunicação é o resultado da interrelação entre o sujeito e o objeto que produz uma percepção. A percepção não é algo que possa ser traduzido em uma realidade ou concretado em algo que "é", nem tampouco se traduz meramente em uma valoração. A percepção é tão somente um sentido.

Desde logo percebe-se uma contraposição direta à ideia de explicar a ação a partir dos fenômenos psicológicos e internos tais como a vontade. Já não se fala mais sobre o que quer aquele que atua, mas sobre que ideia transmite sua conduta.

Como comenta Fletcher,[18] "perceber a ação é como entender uma linguagem. Entendemos o significado de uma frase pelo contexto em que se usa. Do mesmo modo percebemos uma ação só entendendo o contexto no qual ocorre". No mesmo sentido Borja Jiménez[19] esclarece que "não se nega que a capacidade da ação exige certa possibilidade de criar intenções de vontades, mas ao contrário, a determinação da ação mesma não só depende da intenção, mas do código social estabelecido mediante o qual se extrai seu sentido e significado". Esclarece, definitivamente, Vives Antón,[20] quando comenta que "para que seja possível falar de ação é preciso que os sujeitos tenham a capacidade de formar e expressar intenções; mas, as ações que realizam não dependem das intenções que pretendem expressadas, mas do significado que socialmente se atribua ao que façam", afinal, é perfeitamente possível realizar ações como magoar ou ofender, sem que tenha sido esta a intenção. Ou seja, a expressão de sentido externa produzida pela ação não tem porque coincidir com a intenção. Em resumo, os principais artífices da concepção significativa de ação estão de acordo em que a compreensão, mais do que a explicação, é o que importa na teoria da ação.[21] Mais que "definir" o que seja a ação no campo do direito penal, deve-se "interpretar" seu significado.

As ações não sendo meros acontecimentos, exigem interpretação. Vale dizer, não basta mais que as ações sejam meramente descritas, senão que é necessário que elas sejam interpretadas e compreendidas. Enquanto os meros fatos da vida podem ser *explicados* por regras imutáveis como as leis da física, da química ou da biologia – conquanto ainda nessas ciências o componente da indeterminação já foi identificado –, as ações humanas têm a característica diferenciadora de que somente podem ser identificadas, classificadas e interpretadas conforme regras ou normas. Por exemplo, não se pode afirmar que um tapa no rosto seja uma lesão corporal, uma injúria, um cumprimento rude ou até mesmo um ato reflexo sem uma análise das circunstâncias em que ocorre, para verificação de como deve ser interpretado e compreendido referido

tapa, até mesmo para a definição de se pode mesmo ser considerado um tapa. Ou ainda, aquele que diga a outro "passe bem", pode expressar tanto um desejo de recuperação física, um hostil convite a que a pessoa se retire do recinto ou até mesmo uma ameaça velada, a depender do contexto em que isso ocorra.

Fletcher propõe reconhecer, antes de qualquer outra coisa, que o "não movimento" pode ter o mesmo significado – de "fazer algo" ou "não fazer nada" – que o "movimento". Com efeito, do mesmo modo que se pode identificar em uma colisão de um veículo uma ação humana na perda de controle pelo excesso de velocidade, reconhece-se que o condutor "não fez nada" quando a perda de controle foi provocada pelo estouro de um pneu ou por um problema nos freios. Na estrutura de "não movimento", ocorre o mesmo, pois, no exemplo de Fletcher,[22] existe uma clara diferença entre "a pessoa que cala por que não tem nada a dizer e o psiquiatra que usa o silêncio como forma consciente de terapia (ou que escuta em silêncio enquanto o paciente fala)". A diferença consiste em que "no primeiro caso o silêncio é simplesmente um fato, no segundo é uma forma ativa de estruturar o entorno terapêutico. Quando o psiquiatra está em silêncio, está, não obstante, fazendo algo". Por exemplo, um indivíduo que jaz completamente estático, sem fazer nada, simplesmente olhando para a parede ou pela janela. Dependendo das circunstâncias, essa atitude pode ou não representar uma ação (*lato sensu*). Se o fato se produz em sua residência, em um aborrecido final de semana em que nosso personagem se encontra só, pode-se considerar ausente qualquer conduta. Mas essa mesma pessoa atuando da mesma maneira, ou seja, ficando imóvel, olhando pela janela todo o dia, no escritório onde trabalha como funcionário público, em pleno dia e horário laboral, pode representar a atuação positiva de fazer parte de uma greve de protestos por melhores salários. O mesmo demonstra Fletcher com seu conhecido exemplo do guarda do palácio de Buckingham.[23]

Assim, as ações são configuradas de acordo com seu significado social, pelo contexto em que se produzem.[24]

Do mesmo modo, não existe ação de estelionato sem que haja previamente uma definição jurídico-penal de estelionato, o mesmo vale para o furto, prevaricação,

homicídio etc.

Sendo assim, se as ações dependem, para a afirmação do seu significado, de regras ou normas que as definem, resulta impossível encontrar um conceito único de ação humana que sirva para congregar tantos diferentes sentidos quanto aqueles que se pretende regular.

Não existe um conceito geral de ação, mas sim tantos conceitos quantos modelos de condutas relevantes – ou formalmente típicas, para usar a terminologia tradicional – existirem para o Direito penal.

Portanto, o primeiro dado, o dado fundamental para o estabelecimento de responsabilidade penal, é verificar se um fato determinado pertence a um *tipo de ação*, a um modelo determinado, pois só a partir disso podemos dizer que existe uma ação. Em seguida, temos que decidir se estamos diante de uma ação daquelas definidas nas normas incriminadoras (matar, lesionar, furtar etc.).

Portanto, o tipo de ação é uma categoria composta por *todos os pressupostos da ação que cumpram a função de* ***definir*** *de que classe da ação estamos falando.*

Resumidamente, se pode dizer que para a concepção significativa da ação, as condutas humanas somente podem ser compreendidos através das normas, ou seja, elas só têm significado a partir das normas, portanto, temos que identificá-las como tipos de ação. Conceber uma concepção significativa de ação não é nada mais que expressar uma forma de percepção da ação no contexto social das circunstâncias em que se produz.

Com a admissão do significado como reitor do conceito de ação, se está baseando a ideia de ação fora do sujeito e fora do objeto, para transferi-la à relação que se estabelece entre eles. Isto é, um conceito de ação baseado no significado não se estrutura a partir da perspectiva subjetiva de uma impressão que se tem da realidade, nem mesmo de um ponto de vista objetivo, do objeto observado, mas mantém como substrato a comunicação que provém da relação sujeito-objeto, quer dizer, da mensagem que comunica a atuação do sujeito ao relacionar-se com as circunstâncias do meio.

Assim, nessa concepção significativa de ação, não é essencial explicar o que se

entende por ação, mas apreender a “linguagem do propósito”,[25] ou ainda melhor, “aprender quando as circunstâncias nos permitem dizer que alguém quis golpear outro e não simplesmente dizer que o golpe foi acidental ou que foi dado distraidamente”.[26]

O Direito penal cuida do controle social do intolerável, através da proteção seletiva de bens jurídicos. Diante das limitações de intervenção cabíveis a um Estado social e democrático de direito, só é admissível o controle de atitudes e nunca de estados de pessoa. Vale dizer, tratamos de um direito penal do fato, de controlar ações, e não de direito penal de autor, de controlar o que as pessoas são.

Desse modo, é exigência fundamental do sistema de imputação que haja uma ação a ser incriminada. Somente podem ser relevantes, a título de incriminação, as ações e omissões. Ou seja, compete ao sistema de controle social penal atuar normativamente proibindo fazer algo ou determinando fazer algo.

Obviamente, essas condutas que se pretende ver controladas estarão associadas aos bens jurídicos que se pretende ver protegidos. Trata-se, obviamente, de uma decisão política, mais precisamente, de política criminal.

Assim se desenvolve o sistema de criminalização primária, prevendo através de normas típicas a descrição de conjuntos de características e elementos descritivos de condutas desvaliosas, que deverão ser objeto do controle do sistema penal.

Obviamente, somente se pode pretender o controle através da ameaça e da imposição de uma pena quando seja possível imputar a uma pessoa a responsabilidade sobre a conduta determinada.

Entra aqui, pois, um requisito fundamental da conduta: a intencionalidade objetiva, ou seja, a expressão de sentido da vontade.

A ação ou omissão somente pode ser incriminada quando constituir uma manifestação de uma intenção. Sem esse requisito fundamental, não é possível afirmar a existência de ação e, portanto, de *tipo de ação*. Obviamente, a vontade não é algo que se possa adivinhar ou descrever. Não é um objeto físico, ontológico, corpóreo. A vontade é algo que se compreende como expressão de sentido, portanto, a identificação da ação depende de indicadores externos que coincidam com o sentido de uma atuação voluntária. Ou seja, a ação ou omissão, como expressão de vontade,

hão de ser compreendidas segundo as circunstâncias em que se desenvolvem, segundo valorações que lhes dão sentido como tais.[27]

Evidentemente, fala-se em *tipo de ação ou omissão* porque a ação ou omissão cuja identificação é buscada pelo direito penal não é "uma ação abstrata, pré-jurídica, de roubar ou de agredir sexualmente, mas apenas pode ser qualificada como tal uma ação que esteja de acordo com aquela descrição havida nos respectivos artigos do Código Penal".[28]

2.2 Hipóteses de ausência de *tipo de ação* por falta de conduta

Ausente uma conduta como expressão de sentido, não é possível identificar um tipo de ação.

Os problemas que efetivamente devem ser resolvidos por uma concepção de ação estão relacionados com a única função que lhe resta, que é sua função negativa. Quer dizer, o reconhecimento de que determinado evento não possui aparência de ação deve afastar da análise de categorias jurídicas as situações que evidentemente não se referem à ação ou omissão.

O limite negativo da ação desde a proposta da concepção significativa reveste-se de algumas particularidades. Isso porque se trata de isolar, negativamente, a existência da ação desde parâmetros de reconhecimento bastante distintos da ação como conceito ontológico (finalista ou causal). Ou seja, a ausência de ação ou omissão aqui não é vista desde um ponto de vista do mundo do ser, onde, aliás, a omissão tropeçará com imensas dificuldades, dado que sua estrutura não implica em qualquer manifestação perceptível pelos sentidos.

Segundo Vives Antón,[29] a prática forense costuma fazer a distinção do caso concreto justamente a partir da identificação do tipo de ação e não da existência ou não de uma ação, ou seja, ao buscarmos em um processo ou um inquérito policial a identificação de um crime, não partimos da análise de se houve ou não ação ou omissão, mas sim de um tipo penal, ao qual deve corresponder, como expressão de sentido, a ação ou omissão eventualmente presente no feito. Os resultados obtidos na prática – que objetivam perceber e compreender a existência ou não do *tipo de ação*

como expressão de um sentido de determinado tipo – são mais efetivos que os obtidos pela tentativa de definir a ação através de um conceito.

Não existe tipo de ação, por falta de conduta, essencialmente naquelas situações em que não existe a transmissão de sentido de uma vontade dirigida ou controlada por aquele que atua.

A doutrina costuma identificar essas hipóteses em três grandes grupos de casos:[30] as situações de coação física irresistível (*vis absoluta*), as situações de movimentos reflexos e os chamados estados de inconsciência.

Deve-se fazer, pois, a análise prática da ausência de ação a partir de considerações sobre o sentido da ação nas hipóteses dos atos reflexos, dos realizados sob o domínio de forças alheias ao sujeito e nas demais hipóteses que pouco a pouco foram formando o acervo jurisprudencial.

Para realizá-lo, considerando que "nem as figuras do delito são entidades objetivas, nem as ações se definem por substratos ontológicos que transmitam o sentido"[31] – na realidade elas consistem justamente nos sentidos referidos –, compete tão somente identificar a existência ou não, nesses casos, do "sentido de ação" para diferenciá-las dos simples "fatos", estes sim, de caráter objetivo.

2.2.1 Coação física irresistível

O sujeito que atua compelido por uma força externa irresistível, efetivamente, não realiza ação ou omissão. Ou seja, não transmite a ideia de sentido de uma expressão de vontade. Entende-se que os atos realizados sob influência de força física contra a qual não se pode resistir não são imputáveis a aquele que atua, por ausência de ação.

Essa força externa pode ser proveniente de uma atuação de terceiro. Há quem entenda, inclusive, que essa força pode provir de um fato da natureza.[32]

De qualquer modo, o certo é que o primeiro requisito para excluir a ação por coação física irresistível é que **a força** que incide sobre o sujeito **seja absoluta**, "de forma que não deixe nenhuma opção àquele que a sofre",[33] ou seja, que aquele sobre quem incide a coação não tenha nenhuma possibilidade de resistir.

A doutrina brasileira em geral,[34] assim como a espanhola,[35] tem entendido que a eliminação da ação se dá no caso de coação física, sendo que a violência psíquica a ela não se equipara.[36]

Convém recordar, como faz Mir Puig,[37] que força irresistível é aquela que "chega a mover materialmente o sujeito e este, ante sua evidente impossibilidade de fazer algo para evitá-lo, não chega a tentá-lo". Mas isso é diferente da situação em que ante uma "ameaça iminente da força, que se apresenta como irresistível, o sujeito cede já à realização do ato antes que se veja forçado a isto". Neste último caso haverá ação, ficando ainda possível a exclusão da responsabilidade penal segundo considerações de outra natureza, por falta de pretensão de ilicitude.

Por exemplo:[38] não é a mesma coisa amarrar uma pessoa a uma árvore para que deixe de cumprir o seu dever do que ameaçá-la com uma pistola. Se alguém amarra um funcionário encarregado de manipular as variantes dos trilhos do trem em uma cadeira, impedindo-o fisicamente de cumprir sua obrigação, decorrendo daí um acidente, não se pode creditar o resultado à omissão de atuação desse funcionário, por falta de ação. Nesse caso, toda a responsabilidade fica assumida pelo terceiro que amarrou o funcionário. É dele a ação. Isso porque ao funcionário resulta impossível manifestar sua vontade. Não é o mesmo que ocorre quando o funcionário é rendido pelo terceiro mediante a ameaça de uma arma e compelido a não atuar na mudança dos trilhos. Nesse caso, não haverá responsabilidade de parte do funcionário por falta de pretensão de ilicitude[39] – na forma definida pelo art. 22 do Código Penal –, mas não por ausência de conduta, já que a omissão por ele praticada não foi determinada *absolutamente* por terceiro. Seria possível a ele expressar sua vontade, desde que assumisse o risco de ser baleado.

Essa impossibilidade absoluta de atuar não se dá somente pela via qualitativa, conforme a classe de incidência sobre o sujeito, mas também quantitativa. Cumpre considerar a possibilidade de que a força que atua sobre o indivíduo cuja ação se quer identificar não seja de tal intensidade que lhe possa impedir completamente de atuar por si só. Desde o ponto de vista quantitativo,[40] a doutrina aponta que a inexistência de ação está condicionada a que a força empregada seja irresistível. Isso

porque se exige a completa exclusão da vontade e da capacidade de opor-se. Uma mera força resistível não seria suficiente para afastar a existência de ação.[41] Imagine-se, por exemplo, aquele que segura uma arma, mas que tem o dedo comprimido contra o gatilho por intervenção de terceiro. Somente haverá exclusão da ação se essa força for de tal intensidade que anule completamente a capacidade de expressão daquele que dispara.

Mas isso não significa que aquele que atua sob força resistível seja plenamente responsável. A força resistível incide sobre o sujeito, mas não afasta a percepção de que ele expressou um sentido de ataque aos bens jurídicos. Nesses casos, com efeito, não se falará em falta de ação, mas se deslocará a consideração de responsabilidade para o campo da pretensão de ilicitude.[42]

O fundamento geralmente utilizado pela doutrina para justificar tal reconhecimento é que a incidência de uma força física irresistível incidente sobre a ação elimina a vontade e, no caso de omissão, elimina a capacidade de ação, que são elementos essenciais dessas duas formas de atuar.[43]

Em uma construção já um pouco mais elaborada, Roxin[44] afirma que nos casos de *vis absoluta* o corpo humano funciona só como massa mecânica e seu atuar não se traduz, portanto, em uma manifestação da personalidade, pelo que não pode haver ação.

A situação dos atos realizados sob força irresistível evidentemente não configura ação segundo uma concepção significativa. Isso porque se faz a análise global das circunstâncias do acontecimento e assim, mesmo que se identifique uma intervenção na cadeia causal de parte de quem produz o resultado, também se percebe a contribuição daquele que utiliza a força. Na análise global do ato, percebe-se a expressão de sentido que expressa cada comportamento. Identifica-se então que o ataque ao bem jurídico é realizado por aquele que se serve de outro como instrumento.

Quer dizer, a análise do fato em todas as suas circunstâncias permite uma percepção do acontecimento como um todo, fazendo reconhecer, já no campo da ação, um conjunto de intervenções dentro do contexto em que os envolvidos se inter-

relacionam. Isso permite uma visão mais adequada de todos os problemas que envolvem a atuação plural de pessoas. É perceptível que o tema conecta com o concurso de pessoas no delito,[45] sendo resolvido através do critério da autoria mediata. Autor é quem determinou a conduta. O sujeito sobre o qual incide a força de terceiro é somente instrumento de realização do delito e, portanto, não pode ser responsabilizado.

De todo modo, aquele que atuou ontologicamente não externa sua intenção, mas a intenção de outro. É evidente a quebra dos elementos que dotam a ação de sentido. Assim, temos que se o sujeito não atua absolutamente, mas no global da ação, funciona meramente como instrumento de terceiro, não existindo nem mesmo ação.

É necessário observar ainda, como segundo requisito da coação física irresistível, que os impulsos irresistíveis tenham origem externa, ou seja, os impulsos irresistíveis de caráter interno, como o arrebato ou qualquer outra manifestação intensa passional, não são caracterizadores da coação física irresistível. Ainda que a mente possa ser considerada também um atributo físico, entende-se que aqui não há expressão do sentido de uma ação.[46]

2.2.2 Os atos reflexos e condutas automatizadas

Existem atos realizados fora da esfera de expressão de vontade, pela via do reflexo. Por exemplo, as convulsões epiléticas ou os movimentos instintivos de defesa não podem ser considerados ação em sentido jurídico.[47] Nos movimentos realizados nesses casos, não figura expressão de sentido capaz de identificar a intenção de atuação.

Novamente, a exclusão do sentido de expressão de uma vontade há de ser **absoluta**. Casos de extremo nervosismo ou reações impulsivas ou explosivas de descontrole não podem ser aqui incluídas. Alguns autores[48] sustentam que existem movimentos impulsivos nos quais “existe consciência de impulso da vontade, ainda que sejam formas mínimas de vontade consciente”, e por isso identificam a presença de ação. Por exemplo,[49] o assaltante que, durante um assalto a banco, reage instintivamente disparando a um refém que faz um movimento que lhe pareceu de fuga

ou defesa. Aqui, existe ainda uma expressão de vontade.

Para Silva Sánchez,[50] os movimentos reflexos em geral ocorrem sem a participação da vontade. São processos em que "o impulso externo atua por via subcortical, periférica, passando diretamente de um centro sensitivo a um centro motor. Tudo isso sem intervenção da consciência". Porém, entende necessária a distinção entre o que denomina "movimentos impulsivos" e os atos reflexos propriamente ditos. Para ele, os primeiros estão situados em "uma zona intermediária entre os *reflexos* e o *modelo ideal de conduta humana*".[51] Silva tenta, em seu trabalho, demonstrar a existência de um grau ínfimo de relação entre a consciência e a execução de "movimentos impulsivos", como a reação à dor e ao frio em algumas hipóteses de *Lehrbuchkriminalitat* (criminalidade científica, conhecida como casos de laboratório).[52] A partir dessa identificação de um grau mínimo de consciência, pretende ver nesses casos uma espécie de "manifestação da personalidade", ainda que proveniente de camadas muito inacessíveis da consciência. Baseado na ideia de ação de Roxin (manifestação da personalidade), propõe que em tais situações não se pode falar em ausência de ação, mas sim, que a exclusão de responsabilidade penal deve ser discutida no campo da culpabilidade.[53]

Com uma proposta similar, Mir Puig[54] exclui do conceito de movimentos reflexos o que ele denomina "'reações primitivas', nas quais o estímulo externo não recorre totalmente à intercessão de uma personalidade desenvolvida". E dentro das reações primitivas divide entre "atos em curto-circuito" e "reações explosivas". Todas essas exceções compõem, segundo Mir,[55] uma "zona intermediária", e "hão de ser consideradas formas de conduta nas quais de algum modo intervém a vontade".

Roxin,[56] de modo ainda mais restritivo, entende que existe certa consciência que conduz o ato reflexo, por exemplo, em um gesto brusco de defesa, pois se trata de um impulso psíquico e dirigido a um objetivo. Reserva a ausência de ação aos fatos onde "a excitação dos nervos motores não está sob influência psíquica, mas o estímulo corporal se transmite diretamente do centro sensorial ao do movimento".

Os atos reflexos são aqueles realizados exclusivamente desde o ponto de vista somático. São movimentos dissociados do controle daquele que atua.[57] O exemplo

clássico da doutrina é a situação daquele que, em contato involuntário com a corrente elétrica, estremece e, como efeito do tremor, golpeia outro. Assim também as reações de dor diante de feridas, espetadas, ou queimaduras inesperadas, eriçamento dos cabelos ou bater de dentes no frio, sudação ou outras reações fisiológicas.[58]

Evidentemente, pensada a ação meramente desde o ponto de vista ontológico, do movimento corporal, a situação seria de presença de ação. É aqui onde a doutrina causal necessariamente se dobrava ao reconhecimento de uma vontade nutrindo a ação. Nesse sentido, o próprio Aníbal Bruno admitia que "falta a ação nos movimentos reflexos, em que a vontade do agente não participa e onde, por conseguinte, não há crime, qualquer que seja o seu resultado. É um puro acontecer causal, de que o Direito Penal não toma conhecimento".[59] Quando à ação se acrescenta a ideia de propósito, essencialmente finalista, é possível mais claramente a ausência de ação, já que lhe falta a vontade.[60] Entretanto, é necessário lembrar que a vontade, como figura ontológica, não é alcançável, devendo ser tomada apenas em sua expressão significativa.

Para uma concepção significativa de ação, não se trata de desvendar uma vontade interna e, menos ainda, os processos psíquicos subcorticais que eventualmente possam ter lugar no cérebro, mas sim buscar na expressão intersubjetiva indagar se o comportamento daquele que sofre a descarga elétrica é capaz de externar uma expressão de sentido de ataque a bens jurídicos. Evidentemente, não é esse o sentido perceptível de tal situação. O que desde logo se conclui é que se trata de um acidente. Para isso, é necessário analisar o global das circunstâncias em que o processo causal tem efeito. Constatado que o contato com a energia elétrica ocorreu de modo totalmente involuntário em uma situação imprevista em que o sujeito nem mesmo tinha conhecimento da possibilidade de ocorrência do evento, esse fato deixa de ser considerado ação para efeitos jurídicos.

Pelo contrário, se o sujeito que realiza a ação é um engenheiro elétrico que tem conhecimento a respeito de que a carga de energia que transmite um determinado cabo não é letal, mas pode provocar um choque sem dano e propõe valer-se desse efeito para golpear um colega de trabalho, a situação é distinta. Se das circunstâncias se

pode interpretar que há um ato planificado, provocador do reflexo do qual deriva a agressão, parece claro que seu significado faz identificar essa situação de modo global como capaz de transmitir o sentido de ataque ao bem jurídico e, portanto, de ser significativa.

Isso se pode traduzir, quiçá mais claramente, se percebemos que para que se possa identificar o sentido de uma ação, conforme já referimos da lição de Vives Antón, se faz necessária a capacidade do sujeito de "formar e expressar intenções".

Claro que os chamados "movimentos voluntários" expressam uma intenção de defesa e como tal devem ser considerados. Mas é também evidente que há situações de movimentos reflexos que não comunicam intenção alguma, como por exemplo, as situações de uma crise epilética, situação em que não se forma nem se expressa intenção alguma.

Mas se a diferença é clara nos casos dolosos tanto para as doutrinas tradicionais quanto mais para a concepção significativa de ação, é muito mais difícil – ao menos para os primeiros – nos casos de imprudência. Tomemos o exemplo comentado por Luzón Peña referente à decisão da 2ª Sala do Tribunal Supremo Espanhol em 5 de Julho de 1973: o sujeito que conduzia um veículo pela estrada reta e plana, a uma velocidade de uns 75 km/h, tenta pegar um selo que cai do tapa-sol no chão do veículo e, por causa desse movimento instantâneo e instintivo, perde o controle de seu conduzido, vindo a provocar um acidente onde resultam pessoas feridas. O Tribunal, mesmo que reconhecendo a existência, *in casu*, de movimentos reflexos, optou por desclassificar a imprudência grave para mera culpa do art. 586, número 3º (hoje bis) do Código Penal. A decisão do Tribunal no sentido de reconhecer a presença de uma imprudência, ainda que leve, produz a seguinte observação de Luzón:[61] "É possível estar de acordo com o resultado prático a que chega esta Sentença de qualificar a conduta como de imprudência simples [...]. Mas a fundamentação dada a este resultado não pode convencer. Com efeito, não se pode aceitar o querer qualificar a 'fugacíssima desatenção' de imprudência simples sob o argumento de que foi 'produzida por causa instintiva, ao atuar de maneira reflexa', pois, como é sabido, *nos movimentos corporais reflexos falta um elemento essencial do delito: a ação*."

Ora, Luzón percebe a justiça da decisão, mas entende que ela está mal fundamentada. É que o global da ação realizada pelo sujeito, o apanhar de um selo enquanto conduz o carro, reflete uma conduta cujo incremento do risco da condução se traduz em perigo ao bem jurídico a ponto de gerar um interesse jurídico em seu controle social por parte do Estado, justificando a presença de responsabilidade penal, mesmo que de modo leve. De outro lado, se é que, como Luzón, se parte de um conceito meramente ontológico de ação, os atos reflexos em nenhum caso podem ser geradores de responsabilidade penal, posto que excluem *sempre* a ação. Ademais, a recusa de Luzón em aceitar a fundamentação se deve a que em sua concepção o fato tomado em conta para a análise da responsabilidade penal não é o global de conduzir enquanto apanha o selo, mas tão somente o ato reflexo de recolher o selo. Daí a diferença de tratativa entre uma concepção significativa (comunicativa) e um conceito meramente ontológico de ação. É que no conceito significativo de ação, somente se considera ação aquilo que transmite um sentido, segundo as circunstâncias em que ocorre. A ação não é analisada enquanto expressão ontológica, que pode ser descrita, mas sim como expressão de sentido, para cuja compreensão é necessário incluir as variáveis axiológicas das circunstâncias. Até por isso, não se trata de um conceito – algo hermético, fechado –, senão de um modo de conceber a ação, uma *concepção* a respeito da ação.

Tampouco resulta convincente Roxin, quem busca a identificação de manifestações de personalidade, ou seja, tenta investigar o nível de consciência que nutre o ato reflexo do sujeito. A ideia de uma ação significativa exige verificar tão somente o plano da comunicação, ou seja, *que significado tem a atitude do sujeito em termos da expressão externa*, sem qualquer tipo de cogitação a respeito do que o autor sabe ou representou ou calculou, pois estes são processos internos não alcançáveis.

A doutrina também discute a presença ou ausência da ação nas reações automáticas.

Roxin[62] também admite existir uma "zona limite" na qual se situam os casos de automatismos e os movimentos reflexos. Para ele, nesses casos "é perceptível uma

vontade consciente no sentido de pensar nisto", de pensar no que ocorre e reagir, ainda que impulsivamente. Mas reconhece que alguns casos, como os de trânsito: as manobras de uso de embreagem; troca de marcha etc., ocorrem muitas vezes inconscientemente.

Mas tampouco parece admissível que a vontade consciente apontada pelo finalismo seja o fator diferenciador entre a ausência e a presença de ação nas hipóteses de reações automatizadas.

Luzón Peña[63] sustenta que nos atos automatizados o sujeito mantém, pelo menos, uma consciência com relação à globalidade do processo, e é nela que identifica a existência de ação.

Assim, as ações rotineiras que em razão de uma aprendizagem baseada na repetição se faz automaticamente, como no exemplo citado por Muñoz Conde e García Arán,[64] de "apertar a embreagem e acelerar e arrancar o carro, trocar de marcha ou frear". Segundo sua apreciação, de caráter marcadamente significativo, "só podem servir de objeto a uma valoração integradas a uma ação global de conduzir".[65] O significado que identifica a ação não se refere a um fato isolado, como o de pressionar o pedal do freio, mas a condução como um conjunto de atos rotineiros.[66]

Evidentemente, as ações rotineiras pertencem ao rol de conhecimentos do autor. É evidente, como diz Vives Antón,[67] que "só podemos analisar as manifestações externas; mas, através dessas manifestações externas, podemos averiguar a bagagem de conhecimentos do autor (as técnicas que dominava, o que podia ou o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressas na ação".

Uma vez que o acontecimento global aporte o significado de um ataque a bens jurídicos, por força de uma manifestação externa correspondente à formação e expressão de uma intenção, é possível reconhecer a presença de ação. Caso isso não seja identificado no caso concreto, não se pode falar em "tipo de ação".

2.2.3 Estados de inconsciência

A doutrina em geral também comenta que falta ação nos estados de

inconsciência,[68] ocasião em que a atuação é incompatível com a manifestação de uma vontade. Como hipótese representativa desses estados se aponta "o sonho, o desmaio ou perda brusca de consciência por causas endógenas (como forte baixa de pressão sanguínea) ou exógenas (como ingestão de drogas ou fármacos), a narcose ou a embriaguez letárgica".[69]

Cerezo Mir[70] sustenta que nos casos de narcose não há perda de consciência, mas tão somente uma redução ao estado de semi-inconsciência, pelo que segue existindo a ação. Assim também para Roxin,[71] a ação, por exemplo, de conduzir um carro constitui um intento consciente, pelo que o "ziguezaguear de um bêbado" segue sendo ação, salvo se ele já não consegue estabelecer uma relação com seu meio circundante.

Assim, é dominante na doutrina o entendimento de que as situações de *embriaguez letárgica* sejam estudadas no campo das possíveis exclusões de culpabilidade, na forma de *transtorno mental transitório*.[72] A questão é de suma importância, pois eventual entendimento no sentido de que a embriaguez letárgica exclui a ação afeta a questão do concurso de pessoas, em face da adoção da teoria da acessoriedade limitada na participação e a questão da responsabilidade civil reparatória de danos *ex delicto*.[73]

A opinião de Bitencourt é de que a "*embriaguez letárgica* constitui o grau máximo de embriaguez, sendo impossível qualquer resquício de existência de vontade. E como sem vontade não há ação, a *embriaguez letárgica* exclui a própria ação". Ouso discordar. O que falta na embriaguez letárgica não é a vontade, mas sim o senso de orientação desta. O ébrio em estado de inconsciência completa não pode realizar ação, pois não expressa qualquer sentido. Aquele que ainda está em vigília expressa perfeitamente o sentido de uma intenção. O que pode estar desfocado é o conteúdo dessa intenção e o nível de controle sobre tal expressão de sentido. Assim, a questão não merece ser discutida no âmbito da exclusão da ação, mas sim no campo de exclusão da culpabilidade.

Outra situação foco de controvérsia nesses termos é a relativa à possibilidade de exclusão da ação do executor material nas realizações de delito sob hipnose.

Mir Puig[74] refere que se formaram três opiniões doutrinais distintas, baseadas em diferentes escolas. Uma, vinculada à chamada “Escola de Nancy” que reconhece a possibilidade de o hipnotizador influenciar o hipnotizado no sentido da realização de um delito, pelo que exclui a ação realizada pelo hipnotizado.[75] Outra, baseada na “Escola de Paris”, que nega essa possibilidade. Uma terceira, que condiciona à personalidade do hipnotizado a capacidade de sugestão no sentido da realização delitiva.

De acordo com esta última posição, Cerezo Mir[76] aponta que até pouco tempo não havia consenso entre os psiquiatras a respeito de se a pessoa hipnotizada se encontrava completamente sob influência do hipnotizador, mas atualmente se considera que o sujeito durante o sono hipnótico só realiza atos criminosos se é portador já de neuroses ou psicoses com tendências criminosas. Assim, Cerezo conclui que a sugestão hipnótica não leva à exclusão da vontade, pelo que existe ação.

Luzón Peña,[77] prefere não apontar uma solução definitiva, mantendo a resposta sobre se há ação condicionada às avaliações periciais, rechaçando a ação tão somente mediante a prova técnica de que não fica nenhuma consciência ao hipnotizado no momento de sua realização.

Boa parte da doutrina alemã,[78] fazendo uma conexão com as hipóteses estudadas anteriormente, considera também *força irresistível excludente da ação* os casos de atuação sob narcose ou hipnose.

Em resumo, a doutrina tradicional – que curiosamente pouco se altera nos modelos pretendidamente funcionalistas[79] – aponta como dois casos clássicos em que cabe apontar ausência de ação as atuações em estado de inconsciência e o sonambulismo. É bastante óbvio que a afirmação de que o que se pratica durante um estado de sonambulismo ou sob hipnose não constitui ação obedece à adoção de um paradigma de filosofia da mente, já que o que se nota falta não é propriamente ausência de ação, mas sim de ‘ação consciente’.

A quebra desta perspectiva em favor de um modelo ancorado em linguagem, leva a considerar de modo diferente estes casos, em função da expressão de sentido.

Vives Antón[80] se propôs a discutir as hipóteses de atuação em estado de

inconsciência, colocando em cheque a abordagem da identificação da existência de uma conduta a partir de considerações sobre a *voluntariedade* como um elemento psicológico intrínseco, vale dizer, como uma expressão de um dado interno, situado na mente do sujeito que condiciona a existência da ação.

O autor entende que, ao trasladar as exigências da identificação de uma ação para o plano de aferição do *sentido* das palavras da lei no uso comum da linguagem, não se poderia dizer que um sonâmbulo *não atua.*

Intuitivamente, em sentido linguístico comum, a própria descrição do que faz o sonâmbulo é tratada como *andar dormindo*, o que traduz a expressão de sentido de *fazer algo*, que é *andar*.

Vives explora inicialmente a abordagem que se fez no âmbito do *common law* a respeito do caso *Hill versus Baxter*[81] que é o caso de um motorista que cai inconsciente e acaba provocando um acidente. O caso discute a conduta de *dirigir* e, até que ponto é possível chamar assim o que faz um motorista que desmaia ou que cai no sono.

Vives inicia pela exploração da opinião de Hart[82], quem, estudando a questão da voluntariedade como elemento exigível ou não para a configuração da ação, questiona até quando, em linguagem comum, é possível utilizar os verbos que designam ação. Sustenta que podemos falar que alguém está dirigindo um veículo enquanto ainda não caiu no sono, mas não dizemos que dirige quando já caiu no sono. No entanto, enquanto está ainda adormecendo, caindo no sono, podemos não apenas falar que o sujeito esta *dirigindo*, como também que está *dirigindo perigosamente*, por associarmos sua atitude a um dever de evitar cair no sono, o que significa que parte d o *sentido* da ação reside em que haja um mínimo de consciência do controle muscular[83].

Para Hart desde a perspectiva do uso ordinário do inglês, o sonâmbulo que passeia adormecido carece de consciência e, mas o simples fato de que se usa a expressão *sleep-walking*, basta para denotar que se os movimentos aparecem coordenados em uma conduta de passear, o fato de que o sujeito esteja inconsciente não nos impede de utilizar um verbo que equivale a uma ação para descrever seu

comportamento[84].

Daí que, segundo Hart, a inconsciência não tem o condão de afastar a existência da ação.

O passo seguinte de Vives Antón[85] é apresentar um resumo da contraposição que Michael S. Moore faz a Hart, trabalhando sobre o exemplo de uma cena de Sheakespeare[86], onde Lady Macbeth desce as escadas com uma vela nas mãos, sonâmbula, e começa a movimentar as mãos como se as lavasse. Moore pretende demonstrar que o uso da linguagem comum não é suficiente para determinar o que é uma ação.

Para Moore, Lady Macbeth não estaria *falando*, nem fazendo o gesto de lavar as mãos, nem *caminhando*, porque não estaria *atuando* de modo algum, já que faltaria, no caso, precisamente a voluntariedade própria da ação. Moore[87] nega a tese de que só podemos definir volições por seus efeitos sem qualquer possibilidade de afirmar qualquer característica intrínseca a ela, a partir de uma crítica à imprecisão do uso da linguagem comum para a designação das ações. Ele sustenta que utilizamos também linguagem comum para designar ações de objetos inanimados, como, por exemplo, quando dizemos que a árvore *derruba* suas folhas ou a água *alcança* seu próprio nível ou ainda o ácido sulfúrico *dissolve* o zinco[88].

Portanto, sustenta Moore[89] que o socorro ao uso cotidiano da linguagem para a afirmação é insuficiente, sendo necessário identificar a voluntariedade que, para ele, seria una qualidade funcional dos seres humanos, à qual não corresponderia nenhuma realidade objetivamente independente, pelo que, "a teoria volitiva seria a melhor aposta sobre a natureza da ação".

Como terceiro passo de sua construção Vives Antón[90], remete ao pensamento de Bernard Williams[91], para quem, em princípio, a linguagem ordinária pode proporcionar orientações para a interpretação da lei penal.

Porém, esta possibilidade não reside simplesmente no fato de ser possível usar os verbos ativos quando alguém realiza algo sonâmbulo ou hipnotizado – o que poderia ser rechaçado com o argumento de Moore –, mas sim por ser possível afirmar indiscutivelmente, que os exemplos da linguagem ordinário mostram,

indiscutivelmente, que nos casos de sonambulismo aquilo que o sonâmbulo faz não é descrito simplesmente como ação, mas sim como ação intencional *(purposive action)*[92]*, pelo* que, o uso ordinário da linguagem deve prevalecer sobre a interpretação filosófica para fins de interpretação da lei penal; que vários aspectos de seus movimentos corporais obedeciam um contexto intencional, tais como levantar da cama, reconhecer algo como uma vela, acender, abrir a porta e descer as escadas: todas estas foram ações que ela poderia ter executado quando se encontrava desperta, e em boa parte são explicadas pelas mesmas razões que seriam usadas estando ela desperta[93].

Afirma, assim, Vives Antón[94], que no caso do exemplo, não se trata apenas de sustentar que Lady Macbeth agiu segundo o uso comum da linguagem, mas também que conceitualmente, cabe falar, neste caso, de ação. Isso também porque é possível entrever, em sua conduta, o expressar de intenções.

Portanto, para negar que existe ação nos casos de sonambulismo e hipnose, é necessário poder dizer que, segundo o uso comum da linguagem, não cabe falar que o sonâmbulo ou hipnotizado *matou, lesionou, subtraiu* ou realizou qualquer dos verbos próprios do tipo, o que resulta certamente questionável.

E se isso se colhe do adequado sentido de linguagem comum, eis aí primeira razão forte para que seja reconhecida no caso, a existência de ação: a *prestação jurisdicional* em matéria de imputação é, antes de tudo, *prestação*, ou seja, um ato de prestar contas aos jurisdicionados, de dar sentido para o ato de atribuir responsabilidade e esta resposta deve fazer sentido, sobretudo, para as pessoas, o que remete ao uso necessário do sentido de linguagem compartilhado. Pobre do direito que, ao aplicar-se, resulta incompreendido por seus destinatários.

Com semelhante recurso literário o Prof. Vives Antón[95] enfrenta a questão do hipnotismo. Recorre ao clássico do cinema dos anos 20 do Século XX *O gabinete do Dr. Caligari*, no qual um médico psiquiatra controla por hipnose um sonâmbulo (*Cesare*) a quem conduz ao cometimento de vários homicídios.

Nos casos de hipnose, nota-se claramente na divisão da doutrina clássica, as razões pelas quais é tão custoso afirmar a ausência de ação: a separação entre o que é

ação e o paradigma da consciência, que exige uma ação consciente e voluntária.

Vives[96] deixa claro que a questão deve ser discutida desde outra perspectiva, em que se separa a afirmação de que existe uma ação em sentido comum, capaz de ser expressada tipicamente – *Cesare* mata alguém – e outra coisa muito diferente é afirmar que *Cesare* tenha consciência plena de realiza um ilícito.

Fica aqui bastante claro que a discussão deve ser trasladada a outro campo.

A presença da ação não traduz, por si só, a existência de responsabilidade penal pelo que se pratica em estado de sonambulismo ou sob efeito de hipnose.

Para Vives Antón[97], embora presente a ação, a falta de consciência pode afastar a responsabilidade por falta de imputabilidade, pois, não se trata de não ter atuado, senão de não ter atuado com plena consciência do que se fazia. De fato, afirma que no Direito espanhol[98], as hipóteses de afastamento da responsabilidade por exculpação incluem os casos de transtorno mental transitório, onde vislumbra que devam enquadrar-se os casos de hipnose e sonambulismo.

A legislação brasileira é diferente, pois o § 1º do art. 28 prevê a isenção de pena tão somente para casos de perturbação mental proveniente de caso fortuito ou força maior, quando se trata de embriaguez[99].

Entretanto, como é sabido, a situação concreta é exatamente idêntica ao sonambulismo (caso fortuito) e à hipnose (força maior), onde existe uma perturbação da consciência a ponto de que se retira a capacidade de decisão consciente.

Sabido que é perfeitamente possível invocar a analogia *in bonam partem*, o réu que realiza condutas sob hipnose ou sonâmbulo, poderá invocar a aplicação analógica do dispositivo para isentar-se de responsabilidade por ausência de imputabilidade, ou seja, quebra da pretensão de reprovação.

Neste caso, como se nota, adotar a posição de Vives Antón não supõe qualquer alargamento do espectro de responsabilização (já que, seja por ausência de ação ou culpabilidade, mancaria a responsabilidade penal), mas sim um ajuste de sintonia fina a respeito das teses que amparam a imputação, com um evidente ganho de aproximação entre o sentido jurídico e o sentido comum.

A proposta parece realmente convincente e coerente com a filosofia da

linguagem, razão pela qual é adotada na presente edição desta obra como correta. Remete-se – como deve ser, a discussão sobre sonambulismo e hipnotismo para a potencial consciência da ilicitude, ponto da teoria do delito onde cabe discutir a reprovação pessoal de uma pessoa.

Mas importa destacar a existência de um argumento de reforço à proposta do Prof. Vives Antón, derivado do conjunto da observação das causas de exclusão da ação em sentido comum. Vejamos.

A hipótese de exclusão da ação nos casos de atuação inconsciente (sonambulismo ou hipnose) é alinhada comumente, entre os teóricos do delito, ao lado do caso fortuito, da força maior ou coação física irresistível, como casos de ausência de ação.

Aplicado o critério proposto por Vives Antón, nenhuma destas hipóteses deixaria de ser um caso de ausência de ação.

Perceba-se que, adotado o sentido comum da linguagem, não se diz que o sujeito que é empurrado por outro contra um vaso de cristal tenha *quebrado* o vaso, ou que quem, quando segurava uma pistola teve seu dedo premido contra o gatilho pela intervenção de um terceiro que lhe apertava a mão, que *disparou* a pistola. Isto porque, claramente, não se pode dizer que nestes casos de força maior, tais pessoas expressaram o sentido de ação alguma.

Não se pode dizer – em sentido comum – que o condutor de um veículo que é arrancado da pista para um precipício por um vento de tempestade *conduziu seu veículo*, ou que *navegava* o capitão de um barco que naufraga durante um *tsunami*. É bastante óbvio que nestes casos fortuitos, não se exprime um propósito e, portanto, não há ação, em sentido comum.

Se os resultados de aplicação dos mesmos filtros de interpretação produzem, no caso do sonambulismo e da hipnose, resultados diversos, este é um claro indicador de que não se deveria alinhá-los aos casos de ausência de ação, competindo, como sugere o Prof. Vives, deslocar a discussão sobre hipnose e sonambulismo, para o campo do transtorno de consciência, portanto, do transtorno mental, com efeitos na culpabilidade.

2.3 Modalidades de conduta: ação e omissão

Os tipos penais podem descrever tanto uma expressão de sentido positiva, um *fazer algo*, como uma expressão de sentido negativa, no sentido de *deixar de fazer algo a que se está obrigado.*

Segundo o que descreva o tipo penal, os delitos podem ser classificados, quanto à conduta, em comissivos – praticados mediante uma ação – e omissivos – praticados mediante uma omissão. Estes últimos se subdividem em omissivos próprios – cuja descrição típica é a de um não fazer – e omissivos impróprios ou comissivos por omissão – que correspondem a tipos penais descritivos de um fazer, porém, realizados por meio de uma omissão.

A intervenção do Direito penal inclui o castigo de condutas que possam lesar ou colocar em perigo bens jurídicos fundamentais para o desenvolvimento social do ser humano. Essa prática de aflição aos bens jurídicos pode dar-se tanto mediante um fazer quanto mediante um não fazer.

Claro está que, em uma relação entre a norma e a atuação ontológica, gerando sentidos diversos de ação e omissão, somente é possível identificar um tipo de ação ou um tipo de omissão, segundo a descrição prévia que dele faça o legislador.

Assim, existem situações em que a decisão político-criminal do legislador é de castigar comportamentos comissivos, por exemplo, roubar, falsificar, injuriar, lesionar.

Outras vezes, o legislador pretende compelir as pessoas a atuarem positivamente, dando suma importância à expressão de determinação da norma. Pune-se, então, condutas omissivas, tais como deixar de prestar socorro, deixar de prover a subsistência de cônjuge, deixar de prover à instrução primária de filho em idade escolar.

Além disso, o legislador ainda prevê a possibilidade de castigo quando alguma realização prevista como crime comissivo é realizada mediante uma omissão. Por exemplo: o salva-vidas de um clube que deliberadamente não socorre uma criança banhista se afogando na piscina; a mãe que, no afã de matar o próprio filho, recém-nascido, deixa de amamentá-lo. Trata-se aqui efetivamente de uma omissão, porque o

que é relevante para o Direito penal segue sendo a conduta ordenada que não foi cumprida pelo agente. Como consequência, aparece a figura da *ação esperada*, ou seja, a ação que se esperava fosse realizada para evitar a responsabilização. O sujeito deixa de fazer aquilo que é ordenado pelo direito.

A omissão, aqui, é equivalente à ação, em termos de desvalor jurídico, pois figura no mesmo tipo legal: causar um aborto, lesionar, matar. Entretanto, é necessário que o resultado lesivo seja, por um lado, constitutivo de um dever jurídico de atuação do sujeito e, por outro, seja passível de evitação, quer dizer, que seja possível ao responsável agir para evitar, mediante a ação esperada pelo direito, a produção do resultado. Caso isso seja impossível, não pode haver responsabilização penal.

No exemplo dado, obviamente, o dever de amamentação que tem a mãe não pode alcançar outras pessoas. Alcançaria, porém, a vizinha, caso a mãe tivesse deixado a criança sob os cuidados desta, ao sair para trabalhar, por exemplo. Vale dizer, o fato de que a outras pessoas não possa, em princípio, ser imputado esse resultado deriva de um mandamento jurídico diverso do próprio tipo. Nesse caso, para que possa ser atribuída a responsabilidade, é necessário que se estabeleçam regras de identificação dos casos nos quais alguém pode e deve ver-se obrigado a evitar a ocorrência do resultado lesivo de bens jurídicos.

No ordenamento jurídico brasileiro, adotou-se a figura do *garantidor* cujas regras de identificação encontram-se expressas no art. 13, § 2º, do Código Penal.

2.4 A omissão e suas formas

As normas penais procuram expressar o controle de comportamentos socialmente indesejados. Ocorre que esses comportamentos nem sempre têm o sentido de uma ação, mas por vezes têm o sentido de uma omissão. Assim, do mesmo modo que a expressão normativa pode ser proibitiva, pode também ser imperativa, ordenando a realização de determinada conduta. Nesses casos, o castigo do legislador é dirigido a um não fazer, ou seja, a pretensão normativa é de que a pessoa atue. Porém, obviamente, não se trata de uma atuação qualquer, mas sim de uma atuação determinada.

Essa ação determinada, própria dos delitos de omissão, é uma ação esperada possível. O sujeito de quem se exige a atuação positiva tem que estar em condições de atuar e compelido a fazê-lo por meio de um dever. O que se pune é que o sujeito, podendo e devendo atuar, deixe de fazê-lo.

Na precisa observação de Muñoz Conde,[100] "omitir é um verbo transitivo, sempre que se omite, se omite algo", portanto, "a omissão penalmente relevante somente pode ser a omissão de uma ação esperada". Assim, sendo o delito omissivo algo que o sujeito podia e devia realizar, trata-se sempre da infração de um dever. Esse dever é um dever jurídico de atuação e não meramente moral ou social.

Essa infração do dever, em sua natureza, é justamente o que diferencia as modalidades de omissão.

Existe um dever genérico de agir, ou seja, um dever dirigido a todas as pessoas derivado do próprio fato de conviverem (dever de solidariedade mútua), que é o que orienta a ação exigida nas hipóteses chamadas de omissão própria. Nesses casos, o dever encontra-se explicitamente definido na norma incriminadora. Ou seja, existe uma orientação político-criminal de que é dever de todas ou de determinadas pessoas realizarem uma conduta positiva. Essa classe de dever orienta os crimes omissivos próprios.

Diferentemente, existe um dever específico, que só obriga um determinado grupo de pessoas definido, em casos bastante específicos, que é a modalidade de dever que orienta as hipóteses de crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão.

2.4.1 Crimes omissivos próprios

Nos casos de omissão própria, ou seja, nos casos em que o dever é um dever genérico de atuação (dirigido a todos), tal dever há de estar explícito na descrição do tipo penal específico. Isso se deve a uma exigência do princípio de legalidade, eis que somente pode ser responsabilizado o autor por algo descrito em lei. Uma vez que os crimes de omissão própria não preveem a existência de um resultado naturalístico, resulta necessária a previsão exata da conduta que se exige do autor. O mesmo não se dá nos casos de omissão imprópria, onde figuram delitos de resultado e o resultado

efetivamente ocorre, sendo que a descrição da conduta exigida é inferida e não explícita na norma.

O exemplo clássico de omissão própria é a omissão de socorro descrita pelo art. 135 do Código Penal brasileiro.[101]

Restará consumado o delito omissivo próprio sempre que descumprido o dever geral de atuação de proteção a determinado bem jurídico. Eventual resultado naturalístico posterior é irrelevante para efeito de incriminação,[102] podendo ou não existir uma majorante derivada do exaurimento.

Bitencourt[103] o demonstra utilizando exatamente o art. 135 do Código Penal, pois, segundo tal previsão, o crime encontra-se realizado pelo simples ato de deixar de prestar assistência podendo fazê-lo sem risco pessoal. Caso a pessoa a ser socorrida sofra uma lesão grave ou morte, isso não altera a consumação do ilícito, representando o resultado um mero *plus* de pena derivado da agravação pelo resultado.[104]

Convém ressaltar que não é a omissão em si que configura o crime omissivo, mas sua realização no contexto de uma determinada situação em que se expresse o sentido ou significado de uma aflição material a um bem jurídico digno de proteção penal[105] e, precisamente por isso, tal aflição deve estar completamente definida pelo tipo, ao lado da associação entre tal resultado e o dever de atuação para impedi-lo.

Em resumo, são requisitos da omissão própria: o perigo a um bem jurídico, a existência de um comando normativo determinando a atuação, a possibilidade concreta de agir e a conduta omissiva do autor.

A chave da omissão própria, a razão pela qual os seus casos são bem menos problemáticos do que a omissão imprópria é o fato de que a pretensão conceitual de relevância dos tipos omissivos próprios descreve sempre de forma clara e absoluta em que consiste o dever de atuação, dotando de sentido a omissão.

É que, conforme bem refere Vives Antón,[106] "o problema da omissão é, como o da ação, um problema de sentido, não de substrato" e, por conseguinte, o significado do omitir não resultará determinado pelo fim que se persiga ao omitir a atuação, mas sim, desde distintas perspectivas sociais, pelo que se poderia esperar que se fizesse.

É a expectativa legítima do cumprimento de um dever passível de ser atendido, a fonte da incriminação e ela só se concretiza na medida em que exista uma expressão de sentido que traduza o significado de uma omissão de um dever contextualmente identificada. Ou seja, não se trata de um simples não fazer, mas sim de algo que possa ser interpretado, de modo idêntico à uma ação, como "expressão de sentido".[107]

Na realidade, "a omissão se define por uma espera, pela espera de algo que normalmente deveria ocorrer".[108] Quando estou correndo, não estou digitando, e não posso ser acusado de não o fazer, salvo que tenha uma obrigação de entregar um texto com prazo e utilize o tempo que teria para digitá-lo, para a realização de meu exercício físico. Só assim poderei dizer que omiti a conduta de digitar, ou seja, que descumpri meu dever.

A pergunta passa a ser o que é essa expectativa e quando é legítimo esperar por sua ocorrência. É nisso que reside a chave de interpretação da omissão, de modo que "o contexto da omissão deve ser impresso pela forma de vida",[109] não se considerando meramente a omissão isolada, mas todo o acontecimento, de forma global, incluindo todas as circunstâncias, as capacidades da pessoa implicada e a história do contexto social do acontecimento.[110] Portanto, a identificação da relevância da omissão está condicionada aos usos e às práticas cotidianas, ou seja, ao que usualmente se espera do resultado de um determinado conjunto de circunstâncias. Se a prática cotidiana me demonstra que uma pessoa caída e sangrando ao lado de um veículo batido representa alguém ferido em situação de necessidade de socorro, e estou próximo e sem nada que me impeça de provê-lo, o ato de não o fazer implica uma omissão penalmente relevante.[111]

Como é fácil notar, isso não deriva de uma orientação subjetiva (final), mas sim de um contexto que indica o sentido de uma omissão relevante.

A questão do reconhecimento de omissão, tal como a ação, é uma expressão de sentido que talvez tenha menos relevância para a omissão própria que para a omissão imprópria, como se verá em seguida.

2.4.2 Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão

A expressão "*comissivo por omissão*" explicita concretamente a definição desses tipos penais. Trata-se de um crime de ação, ou seja, de um crime cujo núcleo do tipo (verbo que descreve a ação) é um *fazer*, porém, a realização concreta do resultado previsto pelo tipo se dá através de uma omissão, ou seja, de um não fazer.

O comportamento omissivo punível não é descrito pelo tipo, pois a norma incriminadora prevê necessariamente um atuar positivo. Porém, de um ponto de vista essencialmente valorativo, a omissão é considerada portadora de um desvalor equivalente àquela.[112] No dizer de Fernando Galvão,[113] trata-se de uma combinação da norma mandamental, fulcrada no dever de agir do garantidor, e a norma proibitiva expressa comissivamente. Nesse caso, há uma corrigenda da norma proibitiva pela norma mandamental.

Nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, o dever de agir[114] consiste na exigência de atuação no sentido da evitação de um resultado concreto.

A pergunta que cabe fazer aqui é o que define este dever de evitação do resultado. Tradicionalmente, explica-se que tal dever deriva especificamente de que seu autor encontra-se em uma posição de *garantidor*, ou seja, figura em um rol especial de pessoas, definidas pela norma como compelidas a impedir a produção do resultado.

Essa *posição de garantidor* sempre foi objeto de ampla discussão doutrinária. Parece óbvia a necessidade de responsabilização daquele que produz um resultado, por exemplo, de morte, porque, como médico que atende um paciente em violenta crise alérgica, simplesmente deixa de ministrar-lhe o medicamento antialérgico. Por outro lado, como bem destaca Muñoz Conde,[115] a hipótese é menos evidente do que parece, pois não se cogita em atribuir responsabilidade, por exemplo, por auxílio ao suicídio da pessoa que não corta a corda daquele que está se enforcando; ou por estelionato àquele que omite os defeitos do veículo que vende a um terceiro; ou por homicídio àquele que vendo alguém que atravessa a rua enquanto se aproxima um veículo, deixa de avisá-lo sobre a aproximação; ou ainda por furto àquele que se omite de avisar a vítima de um punguista.

Acontece que a adoção da posição de garantidor não deixa de ser uma fórmula

simplista, derivada, como bem observou Júlio Cézar Zini,[116] de que as legislações penais tradicionalmente não se filiam à semântica do uso, trabalhando com cláusulas como a da posição de garantidor, que tem a pretensão de gerar, por si só, a equiparação entre ação e omissão. O Código Penal brasileiro procede assim, no art. 13, § 2º. Ocorre que, como veremos, a cláusula de equiparação da posição de garantidor, não é capaz, sozinha, de abarcar toda a complexidade de circunstâncias que compõem o evento real que dota de sentido a omissão.

Assim, verifica-se claramente ser necessário o estabelecimento de critérios a respeito do alcance da exigência jurídica na omissão imprópria, ou seja, a delimitação concreta não apenas da figura do *garantidor*, mas do que efetivamente se deve exigir para a responsabilização em comissão por omissão.

Para tanto, é preciso uma breve digressão que permita entender a evolução de tal conceito.

Esta deu-se primeiramente pela via doutrinária, através de uma construção de Feuerbach, que sustentava que "um crime de omissão pressupõe sempre um especial fundamento jurídico (a lei ou o contrato) que dá base à obrigatoriedade da comissão. Sem aquele ninguém será criminoso".[117] Figueiredo Dias[118] observa que a esses dois elementos, lei e contrato, Stübel acrescentou a criação, por parte do omitente, do perigo anterior a que se vê exposto o bem jurídico. "Lei, contrato e ingerência eram assim as três *fontes* do dever de garantia aceites por aquela que ficou conhecida como a teoria *formal* do dever de garantia."[119]

A teoria *formal* a respeito do garantidor foi nada mais do que o resultado do modelo positivista jurídico aplicado à questão do garantidor. Pretendia-se vincular a condição de exigência de um comportamento a uma norma jurídica explícita, daí o recurso à lei e ao contrato. A limitação da incriminação estaria vinculada à promessa de segurança jurídica própria do positivismo jurídico, de modo a desvincular a obrigação jurídica de qualquer interferência moral. Esse modelo foi dominante até, pelo menos, os princípios do século XX.[120] A pretensão era de resolver um problema meramente de causalidade, posto que na omissão a relação de causalidade é meramente hipotética.[121]

O Código Penal brasileiro de 1940 era omisso a respeito da matéria, relegando à construção doutrinária o entendimento a respeito da solução dos casos concretos.

A influência do positivismo jurídico, no entanto, determinou a pretensão de resolução da matéria através de lei, o que aconteceu com a reforma penal de 1984, que regulou expressamente uma descrição penal sobre a posição do *garantidor*, absorvendo exatamente a construção doutrinária positivista. Assim, o art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro estabelece que o dever de agir incumbe a quem: *(a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e (c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*.

A partir da previsão legislativa apresentada, verifica-se na doutrina brasileira uma tendência conformista a dar tudo por sentado em termos de identificação da posição de garantidor.[122]

Esse não parece o pensamento mais correto, ao menos a partir de toda a construção axiológica que emerge, em boa medida por influência do modelo neokantista, na segunda metade do século XX, e que já se estabeleceu como dominante na doutrina penal, especialmente nas matrizes europeias associadas ao funcionalismo,[123] se não por outra razão, pela razão lógica apontada por Kaufmann, ao referir que a adição da posição de garante não pode fazer que duas coisas diferentes se equivalham. Ou seja, a responsabilidade pela produção de determinado resultado (a) por meio de uma ação não pode ser equivalente à produção do mesmo resultado (a), omissivamente, pela mera adição da condição de garantidor (b), pois, neste caso, teríamos uma fórmula de equivalência francamente equivocada em que a = a + b.[124]

Houve vários intentos de adoção de uma concepção **material** da delimitação do alcance de posição de garantidor, ou seja, a pretensão de fulcrar a justificativa de imputação em aspectos relevantes para a obediência da missão que o Direito penal se autoatribui de controle social do intolerável através da proteção seletiva de bens jurídicos. Muñoz Conde,[125] analisando a matéria, entende que não é possível manter critérios meramente formais da fundamentação da posição de garantidor, já que as figuras delimitadas positivamente não esgotam as situações em que resulta expressa a

dimensão material dos tipos delitivos.

Nesse sentido, de modo mais ou menos comum, a doutrina tem apontado para critérios elaborados a partir da chamada *teoria das funções* de Armin Kaufmann, expressada então nos seguintes termos:

> "Objeto dos comandos de evitar resultados, relevante para os delitos de omissão imprópria, é genericamente o dever de impedir a lesão de bens jurídicos. A posição de garantidor consiste, pois, em uma posição de proteção a respeito de um bem jurídico. A tarefa de defesa do garantidor pode orientar-se em duas direções: de um lado, o sujeito do comando pode ter que estar 'vigilante' para proteger determinado bem jurídico contra todos os ataques, venham de onde venham: aqui a função de proteção consiste na 'defesa em todos os flancos' do concreto bem jurídico contra perigos de todo gênero. Esta imposição de tarefas prevalece naquelas posições de garantidor que estão reconhecidas diretamente em um preceito jurídico, assim como naquelas baseadas na assunção fática de deveres contratuais. Por outro lado, a posição de garantidor pode consistir na supervisão de determinada fonte de perigos, não importando que bens jurídicos são afetados a partir desta fonte. A missão de proteção de garantidor tem por conteúdo o 'estancar a concreta fonte de perigos'; só secundariamente, como efeito reflexo, surge a garantia daqueles bens jurídicos ameaçados por esta fonte de perigos. A partir da perspectiva do bem jurídico concreto, a função protetora do garantidor se reduz a uma só direção de ataque: àquela que ameaça o bem jurídico a partir da fonte à qual deve controlar. Desta maneira se propõe a missão de proteção quase sempre nos casos de ingerência e para os perigos que surgem no âmbito social de domínio de uma pessoa, assim como nas posições de garantidor derivadas de relações de confiança especiais."[126]

Disso Kaufmann[127] retirou a subdivisão entre o garante de proteção, que tem dever de proteger o bem jurídico, caracterizando-se como autor de uma omissão

penalmente relevante quando omitir tal dever e o garante de vigilância que tem só o dever de evitar acesso de terceiros ao bem jurídico, cuja omissão pode dar ensejo tão somente à responsabilidade por participação omissiva na conduta comissiva de quem ofende o bem jurídico.

A ideia fundamental é a de filtrar os critérios fixados pela lei através de dois outros critérios fundamentais, quais sejam, **a guarda de um bem jurídico concreto** (criadora de deveres de *proteção* e *assistência*) e o **domínio material sobre uma fonte de perigo** (determinante de deveres de *segurança* e de *controle*).[128] Ambos estão contidos, para Schunemann,[129] em uma ideia geral do controle sobre a origem do resultado (*Herrschaft* über *den Grund des Erfolges*), onde aparece claramente o perfil de aproximação com a ideia de domínio do fato. Muñoz Conde, por seu turno, comenta que a característica que deve filtrar a interpretação sobre a posição de garantidor é a sua identificação como uma das pessoas que têm especial vinculação ao bem jurídico "mesmo que não exista um preceito legal, contrato ou atuar precedente concreto que fundamente expressamente esse dever",[130] e propõe, expressamente, a redução do formalismo legislativo nessa identificação.[131]

Assim, na questão da proteção que os pais devem aos filhos ou um guarda tem em face do objeto de sua vigilância existe um bem jurídico determinado cuja proteção deve ser ampla o suficiente para incluir todos os perigos que possam afligi-lo. Aqui, portanto, não se trata simplesmente da proteção de um bem jurídico contra uma possível lesão, mas mesmo de um perigo concreto ou até abstrato.[132]

No que tange ao critério de vigilância de uma fonte de perigo, estão incluídas, de modo geral, aqueles casos de gestão do risco, onde se encontra perfeitamente delineada a fonte do perigo e a responsabilidade é diretamente a ele associada, como o caso, por exemplo,[133] dos controladores de tráfego aéreo, cuja responsabilidade é pela evitação dos riscos oriundos da movimentação de aeronaves ou o dever de vigilância sobre animais domésticos ou substâncias explosivas ou inflamáveis.[134] É de notar que nesses casos, existirá sempre uma conduta prévia, geradora do risco iminente, que ocorreu no âmbito de ingerência do sujeito, e isso o impele ao dever de prevenir a ocorrência do resultado. Será o caso de todos os que controlam uma

atividade ou uma instalação capaz de gerar riscos, como empresários, industriais, em face da atividade industrial, das máquinas etc., donos de veículos no que tange à sua condução, ou de animais, em face do comportamento perigoso destes.

A obrigação jurídica deriva do fato de que “a comunidade tem de poder confiar em que quem exerce um *poder de disposição* sobre um âmbito de domínio ou sobre um lugar determinado, que se encontram acessíveis a outras pessoas, deve também dominar os riscos que para estas podem resultar de estados ou de situações perigosas”.[135]

Além disso, é necessário firmar posição no que se refere à probabilidade de que a ação não realizada interfira com o resultado. Posições diferentes firmaram-se a respeito de se o que se exige é que, caso a ação tivesse lugar, o resultado certamente não se teria produzido, se basta uma probabilidade próxima da certeza ou até se simplesmente basta que se comprove que a ação teria reduzido o perigo. Nesse sentido, parece mais correta a solução de que o resultado **não será imputável** se a diminuição do risco aparece como algo possível tão somente segundo uma consideração *ex ante*, mas **será imputável** se, também segundo uma consideração *ex post*, se comprovar que aquela diminuição se teria efetivamente verificado.[136]

No entanto, todas essas exigências e esses critérios materiais, conquanto contribuam para restringir as responsabilidades pelas práticas delitivas em comissão imprópria, resultam todas, precisamente por sua complexidade, reduzidas, em sua relevância, por um déficit de praticidade, de correspondência à compreensão cotidiana da matéria.

Disso já se tinha dado conta antes Roxin, quando afirmou que “na realidade, só pode ter lugar uma completa equiparação linguística entre omissão e ação quando o princípio da ação devida está planificado no desenvolvimento usual da vida social”.[137]

Não obstante tal afirmação, o próprio Roxin não se decantou por empregar uma semântica linguística na filtragem dos casos de comissão por omissão nem em qualquer ponto de sua obra, pois para tanto, seria necessária uma crítica ao conceito geral da posição de garante, tal qual apresenta Vives Antón, sustentando que os

pontos-chave em torno dos quais deve girar a interpretação da posição de garante são a linguagem ordinária que se reconhece na interação social e a ilicitude material.[138]

Segundo Vives Antón,[139] um conceito geral de posição de garante é impossível. A posição de garante deve ser aferida concretamente em cada tipo de ação, por meio de uma análise do uso comum linguístico que lhe corresponde. Além disso, ela própria não pode representar sozinha, associada à evidência de um resultado, a responsabilidade penal. É preciso que se produza o sentido da realização de um tipo de ação, pois do contrário, se estaria violando precisamente uma garantia constitucional básica para a vigência do princípio de legalidade que, no direito do *Common Law* se denomina *act requirement* e, para nós traduz a exigência de uma conduta expressa em um tipo.

Portanto, não basta a infração de um dever especial, nem a configuração legal de um dos casos de posição de garante, nem resulta possível formular um critério material genérico que fixe padrões válidos para todos os tipos.[140] Critérios como o “domínio sobre a fonte do resultado”, ou a “criação ou incremento do risco para o bem jurídico” são insuficientes e imprecisos.[141]

Isto porque não existe um conceito comum à expressão de sentido das distintas ações (matar, causar dano, lesionar etc.) às quais se quer equiparar a omissão, porque todas elas pecam da reducionista pretensão das fórmulas científicas, de corresponder expressamente a uma verdade.[142]

Vives Antón[143] demonstra que a semente da compreensão de que é necessário, a partir das exigências de legalidade, que se reconheça uma conduta na comissão por omissão encontrava--se já no trabalho de Beling.[144] É que refere Vives que o autor alemão já defendia que para a aferição da responsabilidade em comissão por omissão, se deve prescindir do problema da causalidade (que, ademais, na omissão é hipotética e dificilmente sustentável), para acudir se o verbo nuclear do tipo se conjuga adequadamente frente ao caso concreto. Ou seja, se é possível dizer que a mãe que deixou de amamentar o filho, levando-o à inanição “matou alguém”.

Naturalmente, Beling não dispunha, à época, da base filosófica linguística desenvolvida muito mais tarde, especialmente por Wittgenstein, para atinar ao sentido

da expressão típica *matar alguém*, e se atinha a buscar a *conjugação adequada do verbo*.

Mas dentro do quadro teórico adotado nessa obra, em que a base da ação e a omissão são uma mesma *expressão de sentido*, é fácil compreender que a exigência legal é de que seja possível compreender a omissão imprópria, frente ao caso concreto, como uma expressão de sentido da norma típica. Ou seja, para que possamos falar de uma responsabilidade em comissão por omissão, além da produção do resultado e da posição de garantidor, se faz necessário – na verdade, imprescindível, por exigência do princípio de legalidade – que a omissão realizada constitua uma expressão do tipo que se imputa ao réu, vale dizer, que seja possível afirmar o verbo *matar, lesionar* etc., a partir do contexto em que se apresente o caso concreto.

Esse caso concreto (o conjunto de circunstâncias) apresentará uma expressão de sentido que pode ou não corresponder ao tipo em questão e somente no primeiro caso permite a imputação em comissão por omissão. O sentido jurídico-penal da lei no puede ser otro ademais do que deriva do significado de suas palavras e orações, ou seja, do texto na norma incriminadora. Mas essas palavras e orações só adquirem seu sentido no contexto ao qual se acham referidas, vale dizer, no jogo de linguagem ao qual pertencem.[145] Esse jogo de linguagem não é a simples linguagem formal da lei, mas sim a linguagem de compreensão comum do significado de uma atitude. Portanto, trata-se de dotar as figuras da comissão por omissão de uma dimensão material, para além daquela oferecida pelas perspectivas funcionalistas.

E somente a linguagem pode ser a base para aferição, porque ela é capaz de significado, nas palavras de Vives Antón,[146] "a linguagem *significa*, porque substitui a, se encontra envolta na conduta" e não subsiste qualquer classe de indeterminação radical, porque as condutas são identificadas por meio de práticas, de usos estáveis e bem definidos na vida de relação.

Resumidamente, o que se pode sustentar é que o art. 13 do Código Penal brasileiro deve ser analisado à luz da semântica do uso, de nossas práticas sociais, sempre com referência ao sentido da conduta esperada, de forma a superar a teoria da

equivalência dos antecedentes, que é demasiado pobre para delimitar com um mínimo de garantias, a responsabilidade em comissão por omissão.

Assim, as três hipóteses tratadas a seguir devem ser vistas não como critérios absolutos, mas como referências, limites, casos, nos quais, uma filtragem ainda maior deve ter lugar: a da análise sobre se nas circunstâncias dadas efetivamente se podia falar do sentido de uma omissão esperada a partir do contexto.

2.4.2.1 Hipóteses em que a pessoa tenha por lei obrigação de cuidado, dever ou vigilância

Nesses casos, o dever de agir decorre da atribuição legal de deveres de cuidado, proteção ou vigilância do bem jurídico. Trata-se, portanto, de situações em que o comando legal emerge da lei de forma abstrata e deriva da função social exercida pelo agente ou a relação juridicamente reconhecida (de mando, de parentesco ou de responsabilidade civil) que tenha a pessoa em face do objeto de proteção jurídica.

Porém, como bem observa Fernando Galvão, "não é necessário existir dispositivo expresso atribuindo ao indivíduo tais obrigações. Basta que seja possível extrair-se do sistema da lei que lhe é imposta a obrigação, ainda que implícita, de atuação em favor do bem jurídico".[147]

A proteção aqui decorre de uma interpretação consentânea com a ideia reitora de proteção de bens jurídicos e que encontra limitação no princípio de intervenção mínima, posto que o ataque ao bem jurídico há de ser relevante o suficiente para justificar a intervenção do Direito penal. Isso não significa, por outro lado, o abandono da dimensão limitadora do princípio de legalidade, eis que a norma mandamental genérica vai conjugada com a norma proibitiva descritiva.

2.4.2.2 Hipóteses em que a pessoa de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado

Nessa alínea, a doutrina tradicional costumava associar a responsabilidade derivada de um contrato. Assim, assumiria a posição de garantidor, por exemplo, o

enfermeiro contratado para medicar periodicamente um paciente, que deixava de fazê-lo, ou o salva-vidas contratado por um condomínio privado.[148]

Ocorre que, como bem observa Cezar Bitencourt, "o *contrato* não esgota todas as possibilidades de assunção de responsabilidades",[149] já que a assunção voluntária da responsabilidade não tem por que derivar sempre de um contrato e mesmo este, como figura jurídica, pode não ser válido e, nem por isso, alterar a responsabilidade penal.

Vale como exemplo a mulher que se oferece para cuidar do filho da vizinha enquanto esta se ausenta momentaneamente.[150] Assim também o exemplo de Bockelmann e Volk, do guia de alpinismo contratado por um cliente civilmente incapaz.[151]

Muñoz Conde[152] refere que a posição de garante não pode ser analisada de modo tão rígido e formalista, cumprindo identificar com essa condição "aquelas pessoas que têm uma especial vinculação com o bem jurídico protegido", mesmo à míngua da existência de um preceito legal, de um contrato ou de um precedente concreto criador da fonte de risco.

Sendo, no entanto, a primeira e a terceira hipóteses compostas por elementos demasiado fechados para uma interpretação extensiva, é justamente nesse segundo caso que é possível situar a pretendida distensão.

2.4.2.3 Hipóteses em que a pessoa, com seu comportamento anterior, criou o risco ocorrência do resultado

O ponto aqui discutido diz respeito ao dever de controle dos riscos. A lei estabelece que aquele que, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado, imediatamente coloca-se na posição de garantidor de evitá-lo. É a chamada ingerência.[153]

Ora, há que se analisar os limites dessa criação do risco.

É princípio sabido que a responsabilidade é de quem deu azo ao risco, mas isso só não basta para delimitar corretamente a responsabilidade. Criar o risco significa fazê-lo nascer, dar causa a ele, deflagrá-lo. Entretanto, diferentes figuras estarão

relacionadas a essa ideia de criação do risco. É possível questionar: aquele que não criou o risco, mas incrementou-o, pode colocar-se em posição de garantidor? Quando? É necessário que o risco prévio tenha sido criado intencionalmente ou, ao menos, imprudentemente? É necessário que a conduta prévia de criação de risco tenha sido comissiva, ou é possível admitir que tenha ela sido meramente omissiva?

Primeiramente, é necessário deixar claro que as intervenções possíveis em uma situação concreta de perigo podem ser das mais variadas e acontecer em distintos momentos, pelo que nada impede que haja uma situação de risco preconstituída ou constituída concomitantemente por terceiro para que apareça, para aquele que pelo seu comportamento cria ou contribui, de algum modo, para a criação ou incremento do perigo para o bem jurídico.[154]

Do mesmo modo, em um primeiro momento, em que o que se analisa é meramente o tipo de omissão, ou seja, a relação entre o sujeito e o risco criado ou incrementado de violação do bem jurídico, não é o caso de analisar a presença ou ausência de compromisso de produção do resultado, ou de falta de dever de cuidado.[155] Basta que haja relação causal.

O dever de atuação para evitar o perigo deriva, pois, de ser a pessoa a única que domina os meios de controle do risco e não precisamente porque tenha atuado no sentido da criação da situação arriscada.[156] Na verdade, a situação de risco prévia pode ser derivada, inclusive, de uma outra omissão do autor, como exemplifica Figueiredo Dias: "O fato prévio consistirá em regra numa acção, mas pode também analisar-se numa **omissão** violadora do dever. Se um passante é atingido e ferido pela queda de um telhado em mau estado, que o proprietário deveria ter já mandado compor, tem este de responder pelo impedimento da verificação do resultado típico."[157]

Para o reconhecimento da responsabilidade penal por omissão imprópria, os requisitos são: o perigo a um bem jurídico, a existência de um comando normativo determinando a atuação, aqui derivado de uma posição de garantidor e não da própria descrição do tipo incriminador, a possibilidade concreta de agir para evitar o resultado, a conduta omissiva do autor e a efetiva ocorrência do resultado previsto

pelo tipo incriminador.

2.5 A exigência da tipicidade formal para a conformação da pretensão conceitual de relevância

Seja um tipo de ação ou de omissão, o sentido de um tipo de ação se completa sempre e quando uma fórmula expressa do princípio de legalidade é realizada, ou seja, quando existe uma correspondência entre a descrição legal de uma conduta e sua efetiva realização.

Essa correspondência entre a previsão legal e a ação constatada no caso concreto usualmente se denomina tipicidade formal. Assim, se verificado que uma manifestação de alguém guarda correspondência a um tipo, resta determinada a "aparência de ação", que é o dado primitivo sobre o qual a ulterior verificação de se essa manifestação é uma daquelas que "segue uma regra" a converte efetivamente em ação, pois só neste ponto adquire um significado que permite sua distinção de um fato natural.[158]

Convém perceber, ainda, que em um sistema significativo, a dimensão material do conteúdo do injusto é afirmada ainda no âmbito da pretensão *geral* de relevância, porém, não no conteúdo da pretensão *conceitual* de relevância, mas sim na pretensão de ofensividade.

Desse modo, os elementos da tipicidade formal são aqueles que servem para informar *descritivamente* o intérprete a respeito da relevância ou não da conduta para o direito. Porém, esses mesmos elementos ainda não servem para afirmar o *conteúdo* relevante de um determinado fato. Posto com um exemplo: a descrição de uma subtração de um objeto alheio com aparência de pretensão de apropriação pode significar formalmente um furto, sendo possível sustentar que o fato é formalmente típico e, assim, *conceitualmente* relevante. Entretanto, é necessário verificar axiologicamente se o bem jurídico patrimônio foi atingido de modo grave o suficiente para justificar a intervenção penal e com isso afirmar a relevância do *conteúdo* do tipo de ação.

A primeira parte da afirmação de relevância normativa para com o fato é uma

pretensão *conceitual* de relevância que se expressa na correspondência entre a descrição típica e o fato acontecido. Essa pretensão é o que usualmente a doutrina denomina tipicidade formal.

O tipo penal como expressão do princípio de legalidade também constitui uma barreira de contenção quanto à imputação,[159] posto que limita o âmbito da imputação.

2.5.1 Breves apontamentos sobre a origem e a evolução do conceito de tipicidac

É notório que o aparecimento do tipo como elemento da teoria do delito teve como marco a publicação de *Die Lehre vom Verbrechen*, de Ernst Beling, em 1906.

Nessa obra, Beling emprega a expressão *Tatbestand*, até então utilizada para designar a totalidade do delito, para designar tão somente os elementos que compõem o enunciado legal daquele.

O termo *Tatbestand* era empregado desde fins do século XVIII e princípio dc século XIX na Alemanha para designar a totalidade do delito, como uma forma de traduzir a expressão latina *corpus delicti*.[160] Acabou sendo utilizado por vários autores do século XIX como sinônimo da totalidade do delito ou da somatória de todos os elementos objetivos e subjetivos necessários para a existência do crime.[161] Entre as línguas latinas, os italianos traduzem o termo para *fattispecie* e os portugueses e espanhóis, para *tipo.*

A partir da obra de Beling, a ideia é a promoção de uma bipartição da parte objetiva do delito, mantendo um elemento meramente descritivo, composto pelo *Tatbestand*, isento de qualquer consideração valorativa, posto que é apenas descritivo, uma mera adequação ao catálogo delitivo.[162] Ou seja, o delito continha duas dimensões, uma subjetiva, expressada pela culpabilidade, e outra objetiva: o injusto. Este último estaria dividido entre uma dimensão de conteúdo axiológico, representada pela antijuricidade, e outra anódina, meramente descritiva, composta pelo tipo.

O *Tatbestand*, ou *tipo*, em Beling, era a expressão legislativa do princípio de legalidade; é a mera versão descritiva dos dados materiais que compõem o crime e não poderia ser confundido com sua expressão real. Resumidamente, trata-se de um

processo em que o delito tipo possui um quadro abstrato, se realiza o delito, mas, segundo Beling, a mera descrição dos dados materiais que configuram objetivamente o crime".[163]

A função que cumpria o tipo, nessa primeira formulação, era meramente descritiva, servindo de mero indício de antijuridicidade e de culpabilidade.

Já de início a concepção de Beling recebeu um grande número de críticas, as quais se voltavam, primordialmente, em duas direções: uma busca de demonstração de elementos axiológicos e a demonstração de elementos subjetivos no tipo.

A doutrina costuma atribuir a descoberta dos chamados elementos subjetivos do tipo ao civilista Hans Albrecht Fischer em sua obra *Die Rechtwidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrecht*.[164] Segundo consta, Fischer procurava demonstrar, com base em casos práticos, que a proibição legal, por vezes, dependia essencialmente da intenção do agente, ou seja, o fato seria identificado como proibido ou permitido a partir da presença ou ausência de intenção do autor.[165]

No que tange à presença dos elementos subjetivos no tipo, em geral se apontam as críticas a Beling feitas por Nagler, que em seu *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, de 1911, condicionou a determinação da antijuridicidade à presença de elementos subjetivos prévios, como no caso das normas incriminadoras que exigem o consentimento do ofendido.[166] Hegler também é frequentemente apontado como um crítico do isolamento do tipo em face dos elementos subjetivos, especialmente na obra *Die Merkmale des Verbrechens,* de 1914, na qual procurou demonstrar que, muitas vezes, o caráter injusto de um fato é determinado em decorrência de um estado anímico do autor. E o fez partindo do estudo específico de certos tipos penais que figuravam então no Código Penal alemão, que, segundo sua concepção, gozavam de uma *tendência interna transcendente*,[167] o que faria com que fossem incriminados tão somente quando o ato é cometido movido por uma especial intenção, como, por exemplo, o furto, que só se pune mediante a presença do ânimo de assenhoramento definitivo da coisa, restando impune, por exemplo, o *furto de uso*.

Indo ainda mais longe, Max Ernst Mayer, com seu *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, em 1915,[168] sustentou que os elementos subjetivos não somente

podem figurar no tipo, mas em toda a parte até então chamada “objetiva” do ilícito, ou seja, em todo o injusto, não se restringindo à culpabilidade.[169]

Ademais, Mayer também defendeu, com veemência, a existência de elementos normativos no tipo, questionando sua pretensa neutralidade valorativa.[170]

Outros vários autores, criticando a própria divisão entre tipo e antijuridicidade, e pretendendo a manutenção de uma concepção unitária do injusto, também lançaram críticas à proposição de Beling, especialmente dirigidas à questão dos elementos subjetivos, que entendiam figurar no tipo de injusto.

Esses entendimentos podem ser resumidos na opinião de Edmund Mezger,[171] para quem o tipo não era meramente indiciário da antijuridicidade, mas sim sua *ratio essendi*, ou seja, seu fundamento.

Para Mezger, os tipos penais com elementos subjetivos, inclusive, podem se subdividir em três: os *crimes de intenção* na forma dos *delitos cortados de dois atos*, que são situações em que o ato é querido apenas como um meio subjetivo de orientação para a consecução de uma ação posterior,[172] como a falsificação de documentos, por exemplo; os *delitos de tendência*, como as realizações de agressões ao objeto, com o propósito de que o resultado se produza *a posteriori*, como o ato de ministrar veneno, com o propósito futuro de ocasionar dano à saúde;[173] e os chamados *delitos de expressão*, quando a ação representa a expressão de um processo anímico do agente, como, por exemplo, no falso testemunho.[174]

Mezger também fez crítica ferrenha à ideia de isolamento do tipo em face de elementos normativos, defendendo que existem elementos típicos que só podem ser determinados mediante uma especial valoração da situação de fato.[175]

Depois de tal avalancha de críticas, Beling retomou o tema da tipicidade em 1930, na obra *Die Lehre vom Tatbestand*,[176] onde propõe um aprofundamento do estudo do tipo, no sentido da diferenciação entre o *Tatbestand* (delito tipo) e o que ele denomina então de *Delitstypus* (figura de delito ou tipo de delito).

Segundo essa revisão da sua tese, Beling[177] afirma que o *Delitstypus* é um todo, composto pelos diversos elementos que compõem o acontecimento delitivo, cuja unidade representativa, que é apenas uma ideia, é o *Tatbestand*. Ou seja, o

Tatbestand é apenas uma figura que dá sentido aos elementos do *Delitstypus*.

Assim, enquanto que a figura reitora do crime de furto (*Tatbestand*) seria "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel", que assim reuniria uma expressão teórica, a figura delitiva ou tipo de delito (*Delitstypus*) consiste na presença dos elementos específicos caracterizadores da subtração, mais o dolo, mais o ânimo de assenhoramento etc.[178]

Com essa construção, Beling pretendeu lograr a separação entre os fatos concretos e a ideia reitora, que restava isolada do acontecimento típico. Portanto, por consistir apenas em uma ideia, sustentava Beling que não existiria o *Tatbestand* em si mesmo, senão apenas um *Tatbestand* de um *Delitstypus*.[179]

Essa separação permitia a Beling defender o ponto de vista de um *Tatbestand* anódino, isolado de elementos normativos e subjetivos. Sustentava que o interior do agente, o seu estado anímico, não determinava a figura reitora, mas apenas a figura delitiva, bem como que, em sendo o *Tatbestand* meramente descritivo, as considerações valorativas que eventualmente figuravam no seu bojo serviam apenas para caracterizar e definir melhor uma descrição, sem jamais emanar qualquer juízo valorativo, próprio da antijuridicidade.[180]

A tentativa de Beling de salvar seu tipo isolado de considerações normativas e subjetivas, porém, deu-se já em um contexto completamente desfavorável, em que emergia já uma ampla gama de trabalhos que visavam justamente a transformação da estrutura do tipo para a incorporação de tais elementos, especialmente de Hellmuth von Weber e Alexander Graf zu Dohna, pelo que ela já não logrou muita aceitação.[181]

No cenário brasileiro, em um primeiro momento Fragoso[182] chegou a aceitar a vedação de elementos subjetivos no tipo, conforme o esquema de Beling, admitindo, porém, os elementos normativos. Mais tarde, em seu consagrado Manual, o autor acaba decantando-se por uma concepção finalista do tipo.

Hellmuth von Weber[183] defendia a existência de duas classes de tipos: os causais e os teleológicos.[184] Os primeiros dependeriam apenas da ocorrência de um evento, de um acontecimento causal exterior que produziria como resultado o tipo. Os segundos somente seriam tipicamente relevantes na medida em que concretizassem um

querer do agente. Por exemplo, trasladando-se a ideia para o atual Código Penal brasileiro, enquanto o tipo de homicídio seria meramente causal, o tipo penal da exposição ou abandono de recém-nascido só restaria caracterizado se presente a direção volitiva consistente na pretensão de ocultar desonra própria.

Assim, para von Weber, nos tipos chamados teleológicos somente haveria adequação típica quando presente o dolo como parte integrante da ação e, consequentemente, do tipo.[185]

Por seu turno, Alexander Graf Zu Dohna[186] defendia a ideia de que o delito é "uma ação adequada a um tipo, antijurídica e culpável".

Acontece que a tipificação para Graf Zu Dohna somente poderia recair sobre uma ação humana, eis que somente ela seria subsumível a uma pena. Por outro lado, o autor assumia a ideia que, mais tarde, foi detalhada na obra de Welzel, de que toda ação humana seria uma concreção da vontade, pelo que todo tipo deveria ser bipartido entre um lado objetivo e outro subjetivo.

Para Dohna, "ao tipo objetivo pertencem todas as características do delito que se concretizam no mundo exterior; ao subjetivo, aquelas que estão no interior do autor".[187]

A concreção e assunção dos elementos subjetivos e normativos do tipo encontrou sua versão mais acabada na obra de Hans Welzel.

Com profunda assunção de postulados neo-ontologicistas originados principalmente na fenomenologia e na psicologia,[188] Welzel fazia a defesa da existência de condicionamentos ontológicos às valorações jurídicas.[189]

A base da estrutura teórica do delito, como visava a regulamentação da identidade de quais as condutas humanas que deveriam ser merecedoras de imputação e, consequentemente, pena, estaria, pois, condicionada aos postulados gerais do conteúdo ontológico definido da própria ação.

No estudo que desenvolve Welzel[190] a respeito da ação humana, compreendida como realidade ordenada, ele identifica que o seu conteúdo somente pode ser percebido através do conhecer (elemento intelectivo) e o querer como fim (elemento volitivo).

Para Welzel e toda uma geração de finalistas que emergiu a partir de suas construções, o tipo penal é uma mera descrição da realidade ontológica da conduta humana. Assim, necessariamente deve incorporar o direcionamento da vontade como elemento constitutivo. É evidente que, se a ação não poderia mais ser vista como mera externalidade causal, o tipo, que é nada mais do que seu reflexo modelar, não poderia, da mesma forma, contentar-se em não incorporar os elementos identificadores da ação.

O tipo passa a ser apresentado definitivamente como um elemento de dupla dimensão: uma subjetiva e outra objetiva. Na vertente objetiva, Welzel[191] localiza a medida da proibição, afastada do juízo de valor da antijuridicidade, expressando uma conduta ligada a um resultado através de uma relação de causalidade. A vertente subjetiva irá conter a expressão volitiva da conduta, integrada pelos elementos dolo e culpa, retirados da culpabilidade.

No que tange ao tipo objetivo, Welzel[192] afasta sua proposição dos modelos causais ao centrar foco no desvalor da conduta e não no resultado, sustentando que o que se proíbe tipicamente não é o mero resultado, mas sim as ações que, controladas teleologicamente, a ele conduzam. No homicídio, por exemplo, não se proíbe a morte, mas sim a conduta de matar.

Como se nota, no esquema de Welzel, o tipo objetivo, ao vincular-se unicamente à causalidade, somente será limitado pelo alcance do tipo subjetivo.

Percebendo tal problema, Welzel[193] tentou oferecer alguma limitação ao tipo objetivo pelo desenvolvimento não de um elemento interno à sua teoria, mas sim, através de uma espécie de filtro categorial, um *topoi* axiológico representado pelo conceito de *adequação social.*

Conquanto essa perspectiva contrariasse a sua defesa acérrima das vinculações ontológicas de sua teoria e, por outro lado, abrisse passo ao que mais tarde veio a constituir a base crítica pela qual foi suplantado o próprio finalismo, é certo que a força com que o panorama ontologicista se impôs como padrão fechou o horizonte do finalismo às considerações axiológicas, impedindo, em um primeiro momento, o desenvolvimento de tais perspectivas.

A superação da proposta de uma dogmática impermeável a aspectos político-criminais, instaurada pela artificial discussão causalista-finalista[194] ocorrida a partir do final da década de 60 e início da década de 70, do século XX, tem como marco de referência a obra de Roxin, em especial o livro *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*,[195] e trouxe de volta o resgate das questões axiológicas para o âmbito do tipo.

Em especial, resgatou dos trabalhos de Larenz[196] e Honig[197] a atenção para o conceito de imputação, transformando o tipo objetivo. Incorpora-se a questão do valor para o âmbito interno do tipo e não apenas como a etérea adequação social de Welzel, mas sim como a exigência de formulação de critérios axiológicos como reforço da causalidade para afirmar a tipicidade desde um ponto de vista objetivo.

A crítica de Roxin[198] a respeito do tipo se relaciona com a ideia de que uma dogmática isolada das relações sociais constitui uma fórmula fadada à arbitrariedade, pelo que seria urgente a sua permeabilidade por sentidos sociais. Desse modo, propõe que o conteúdo do tipo seja determinado unicamente pelas relações sociais, uma vez que através delas o fato obtém sua relevância para o tipo.[199]

Assim, o tipo penal proposto abandona suas vinculações meramente naturalistas (ação como manifestação ontológica + causalidade) e passa a incorporar uma ação como *manifestação de personalidade*[200] e somar à causalidade critérios relacionados ao risco, para a afirmação da possibilidade de atribuição de um resultado delitivo à atuação de alguém.

Para Roxin,[201] o tipo cumpre três funções na teoria do delito: uma função sistemática, uma função dogmática e uma função político-criminal. A função sistemática traduz o compêndio de elementos que permitem a identificação de qual tipo se trata; a função político-criminal, também denominada função de garantia, está associada ao princípio de legalidade, recortando o âmbito da incriminação somente para aquilo que define o tipo; uma função regulatória dos limites do erro relevante para a imputação e uma função dogmática, consistente na descrição dos elementos sobre os quais deve incidir o dolo.

É importante notar que, a partir de Roxin, uma vez que o resultado social assume

papel de relevo, de importância, igualmente entra em cena o bem jurídico, porquanto a ideia primordial do autor é funcionalizar as categorias do delito segundo a percepção geral das funções que cumpre ou deve cumprir o Direito penal.

Com isso, o tipo penal ganha definitivamente uma dimensão material, expressa na efetiva violação do bem jurídico, elemento que até então vinha buscando um lugar específico na estrutura da teoria do delito, migrando dentro do injusto, entre a tipicidade e a antijuridicidade, sem encontrar ponto de pouso. É bem verdade que a vagueza da concepção welzeliana de *adequação social* em muito contribuiu para essa situação de instabilidade.[202]

Passa-se a falar de tipicidade formal (objetiva e subjetiva), de cunho silogístico, e tipicidade material, relacionada à lesividade da ofensa ao bem jurídico.

A quebra do paradigma ontológico, porém, tornou ampla a procura por sistemas dotados de estrutura normativa e, consequentemente, gerou uma fragmentação das tendências de normativização do tipo. Daí a menção a distintas matrizes funcionalistas, variando a partir da função que atribuem ao sistema dogmático e, com elas, diferentes concepções a respeito da tipicidade e da imputação.

Especialmente no campo do tipo objetivo, houve diferentes proposições de critérios axiológicos a serem discutidos para a possibilidade de atribuição do resultado juridicamente desvalioso.

Assim, além de Roxin, a virada normativa trouxe também a proposição de Jakobs que, pretendendo uma vinculação estreita à matriz sistêmica, atribui ao tipo – como de resto, a todo o sistema dogmático – a função de proteger a estabilidade do próprio sistema, em uma reação autopoiética que visa nada mais do que a própria estabilidade em face da turbação representada pelo ilícito.[203]

O tipo seria, nesse caso, a representação do marco de expectativas sociais geradas em face de todos.[204]

Jakobs desloca o centro da atenção para a imputação objetiva do comportamento, em detrimento da imputação do resultado.[205] Inclusive, para Jakobs, o resultado que importa é meramente a turbação da própria norma, sendo completamente desprezíveis as considerações a respeito do bem jurídico.[206]

Assim, o funcionalismo sistêmico concebe um tipo penal que contempla, formalmente, o esquema silogístico clássico, mas materialmente, apenas adiciona a violação de um papel social determinado pela rede de mútuas expectativas formadas pela vida de relação.

A lesividade, para Jakobs, resume-se à lesividade sistêmica, interna.[207] A realização de um comportamento que viola a norma contida no tipo desafia o sistema jurídico como um todo, impelindo à obrigação de imposição de sanção como forma de retorno à estabilidade sistemática.

O resultado, portanto, é meramente normativo sem qualquer dimensão ontológica, pelo que passa a ser relevante somente nos crimes de resultado, justamente por sua inscrição na própria norma.

Por outro lado, são perfeitamente admissíveis delitos que não descrevem qualquer resultado, derivando daí a desnecessidade de estudo da imputação do resultado, concentrando-se os esforços no estabelecimento de critérios de imputação do comportamento delitivo.

Claro que esse perfil reduz consideravelmente a função de recorte crítico que pode ser proporcionada pelo tipo, uma vez que sua validez depende simples e formalmente de sua origem legislativa.

Em um meio termo interessante, digno de registro, aparece a abordagem sobre tipo e imputação oferecida por Wolfgang Frisch.[208]

Frisch[209] entende que a imputação se refere ao comportamento típico e não ao resultado, no entanto, incorpora em seu conceito de comportamento típico elementos axiológicos referidos ao bem jurídico. Para esse autor, o comportamento típico é aquela ação que, desde um juízo valorativo *ex ante*, está vinculada a um perigo juridicamente desaprovado, criando assim um risco relevante e já proibido para o bem jurídico, ou seja, a base do delito imprudente é a base comum a todas as formas de delito e, por conseguinte, a base geral da imputação.

Dessa forma, Frisch mantém a relação entre o tipo e o bem jurídico, dotando a sua proposta de tipicidade de um conteúdo material, conquanto reconheça que a previsão legal se dirige exclusivamente ao controle de comportamentos e não de

resultados.

A imputação do tipo objetivo, para Frisch, conquanto utilize, assim como em Roxin e Jakobs, o critério de risco proibido como dimensão axiológica, preserva, como para o primeiro, a relação entre o risco e a necessidade de uma justificação material transcendente à norma.[210]

O risco desaprovado, para Frisch,[211] deve ser identificado através dos critérios de idoneidade, necessidade e adequação (no sentido de proporcionalidade).

Por outro lado, a afirmação da tipicidade/imputação no esquema de Frisch, pela amplitude dada aos critérios de afirmação do que é imputável, também roça as teses de Jakobs, porquanto, em certa medida, *totaliza* a categoria fundamental do esquema dogmático, já que os critérios de *idoneidade, necessidade e adequação* devem, segundo sua proposta, nortear todo o sistema penal.[212]

Mas as vertentes funcionalistas representaram historicamente uma guinada radical desde a base ontológica do sistema de imputação, para uma base completamente normativa representada pelo tipo/imputação, e as vertentes mais radicais dessa perspectiva – o funcionalismo sistêmico –, porque voltadas para a autossatisfação normativa, tampouco representam uma perspectiva muito alentadora em face da permeabilidade crítica do sistema.

O que resta de lição do funcionalismo é a necessidade de um recorte axiológico no condicionamento da regra de identidade do tipo, que forçosamente há de deixar de ser meramente anódino, para incorporar elementos normativos.

Hoje em dia, a imensa maioria dos autores organiza a estrutura da teoria do delito a partir do tipo, ocupando, portanto, essa categoria, uma posição de destaque. Chega-se mesmo, em casos extremos, até a resumir a carga de imputação praticamente toda ao tipo.[213]

Modernamente, a apresentação do modelo significativo vem a proporcionar a incorporação de elementos normativos e ontológicos sob a égide da dimensão comunicativa expressa no sentido ou significado.

Essa transformação de base, como adredemente comentado, pretende oferecer uma terceira via, que promove a intersecção entre o axiológico e o normativo a partir

da comunicação do sentido dos tipos de ação e omissão.

Em uma organização significativa da teoria do delito, o tipo ocupa um papel fundamental, posto que se conjuga à ação para afirmar a primeira pretensão de validade normativa. Essa estrutura, inclusive, corresponde ao primeiro escalão de análise da prática forense, posto que a realidade da imputação é o ato de partir de um modelo típico em busca de um conjunto probatório que afirme ou infirme que a conduta contida no feito traduz um significado típico.

Como já visto, o tipo de ação ou omissão do modelo significativo implica a demonstração de que o comportamento é relevante para o direito penal, ou seja, que a norma penal que vai ser aplicada ao caso goza de pretensão de relevância, quer dizer, pode pretender sua própria relevância para a situação em concreto.

Isso se divide, conforme já comentado, em uma pretensão de ofensividade que, representada pela referência ao bem jurídico, está associada ao princípio de intervenção mínima e será analisada no tópico seguinte; e uma pretensão conceitual de relevância, que é o que aqui interessa.

No âmbito dessa pretensão conceitual de relevância estão expressos todos os elementos do tipo, considerados aqui uma mera descrição do conceito de um comportamento.

Assim, estarão incluídos o que, na doutrina clássica, chamou-se elementos descritivos, elementos normativos e elementos subjetivos do tipo diversos do dolo.

A descoberta dos elementos normativos do tipo pelos críticos do causalismo acerta em interpretar que todas as categorias do sistema de imputação são permeáveis à axiologia. Nesse sentido, há vários elementos (coisa alheia no furto, por exemplo) que demandam uma valoração para a sua própria compreensão conceitual.

Aqui está a chave: uma pretensão conceitual não demanda unicamente descrição, mas exige compreensão, portanto, é um processo hermenêutico de interpretação. Afirmar a tipicidade é afirmar o início da imputação, portanto, é um processo de valoração do acontecimento e compreensão visando identificar se existe ou não um tipo de ação.

Para tanto, o que se visa é identificar a transmissão de sentido dos seguintes

elementos: uma conduta (ação ou omissão) prevista por um tipo legal, a produção de um resultado jurídico descrito como correspondente ao tipo, com todos os seus elementos, inclusive os especiais fins de agir que estejam *descritos* no enunciado típico; *a aparência* de que uma relação de causalidade, a criação e realização de um risco não permitido mediam a conduta e o resultado jurídico previstos pelo tipo.

Estando presentes tais elementos é possível falar de uma pretensão conceitual de relevância, ou seja, é possível falar de que o caso é um dos que se identifica como formalmente relevante para o Direito penal ou, ainda, para utilizar a terminologia funcionalista, está presente a tipicidade formal.

2.5.2 Tipicidade indireta

Obviamente, algumas vezes, a pretendida correspondência entre um modelo formal de tipo e o fato concreto inexiste, ao menos, diretamente. Por exemplo, nos casos em que um indivíduo dispara contra outro com vistas a matá-lo e, no entanto, por falta de aprumo quanto ao alvo, a vítima não é atingida. Não é possível identificar, na ação, o sentido de "matar alguém", que é a descrição contida no tipo incriminador. Porém, conjugando-se o enunciado do tipo penal de homicídio com o conteúdo de uma norma da parte geral, nesse caso, o art. 14, inciso II, do Código Penal, que descreve a tentativa de delito,[214] verifica-se a exata correspondência do fato para com o modelo típico. O mesmo ocorre, por exemplo, com o indivíduo que atua como vigia, permanecendo fora da residência, para avisar o ladrão da eventual chegada dos moradores. A responsabilidade de tal vigia deriva da conjugação do furto (art. 155 do Código Penal)[215] e a regra geral do concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal).[216]

Nesses casos, ocorre o que se denomina doutrinariamente de *tipicidade indireta*. O tipo de ação se conforma a partir da conjunção entre uma norma incriminadora da parte especial e uma norma não incriminadora da parte geral.

2.5.3 Das funções da pretensão conceitual de relevância (tipicidade formal)

A maior parte das funções que a doutrina tradicionalmente atribui à tipicidade

formal, de regra, são atendidas pela pretensão conceitual de relevância.

Ela efetivamente atende à função *político-criminal*, ou *de garantia*, já que representa a expressão do princípio de legalidade, posto que limita o âmbito do punível ao indicar o que, exatamente, pode ser objeto da imputação.

Atende ainda à função *motivadora*, de motivar as pessoas ao atendimento das normas de convivência, eis que a dimensão de *determinação* da norma nela se expressa. Por outro lado, é necessário reconhecer, obrigatoriamente, os limites da norma como determinação, eis que não se pode pretender obter resultados efetivos de condicionamento social pela via da imposição normativa.

A função *indiciária* também se encontra presente. O tipo formal indica, em princípio, uma conduta antijurídica.

Porém, segundo a distribuição das categorias do delito aqui preconizada, a limitação da tipicidade não se dá unicamente pelas causas de justificação. A limitação da indicação de antijuridicidade do tipo formal é dupla: pela pretensão de ofensividade, ainda no tipo de ação, e pela pretensão de ilicitude, na etapa seguinte da imputação. Apenas a função selecionadora, ou sistemática, é que deve ser tratada no campo da pretensão de ofensividade, ainda que dentro da primeira categoria do delito, já que as questões a respeito de seleção de bens jurídicos pertencem àquela subcategoria, que atende às dimensões materiais da pretensão geral de relevância.

2.5.4 Elementos da pretensão conceitual de relevância (tipicidade formal)

Na opinião de Vives Antón, a categoria do tipo restou demasiadamente sobrecarregada nos últimos tempos. A doutrina em geral trata de discutir já no campo da tipicidade todos os aspectos valorativos e subjetivos (que em certa medida também são valorativos) no campo do tipo.

É de regra dividir os elementos que compõem o tipo entre elementos objetivos, que podem ser descritivos ou normativos, e elementos subjetivos, que podem ser o dolo ou a imprudência somente, ou serem somados (especialmente o dolo) a outros elementos subjetivos do tipo, que consistem em especiais fins de agir.

Adotada aqui a postura proposta por Vives, se assume que não parece correto ou

adequado "edificar um sistema sobre uma categoria básica multiforme e sobrecarregada".[217] Isso fica plenamente evidente especialmente com as tendências modernas de concepção de *tipo de injusto*, onde a categoria fundamental tipo se encarrega, simultaneamente, de delinear, de modo descritivo, o âmbito daquilo que é penalmente relevante, no que consiste a lesividade do ato ou a contrariedade ao dever de atuação e ainda compreender a intenção como móvel de atuação, ainda que repartida esta última tarefa, para um subcampo de tipo subjetivo, cuja separação em face do campo objetivo é, por vezes, não demasiadamente clara.[218]

Assim, opta-se aqui por separar os aspectos de cunho valorativo em face da pretensão descritiva de relevância. Como bem refere Martínez-Buján Pérez, no tipo de ação, enquanto expressão descritiva de que classe de ação estamos falando, somente é possível incluir os pressupostos que sirvam para identificar de que "ação" estamos falando.[219] Assim, nesse campo não serão incluídos dolo ou culpa necessariamente, posto que tais elementos subjetivos clássicos do tipo como "a intenção (e menos ainda os motivos, tendências ou fins subjetivos do autor), dado que há classes de ações que (como, p. ex., matar ou lesionar) podem ser realizadas com intenção ou sem ela; daí, enfim, que a intenção subjetiva não possa pertencer ao tipo de ação".[220] Dolo ou imprudência estarão sendo discutidos no campo valorativo da pretensão da ilicitude.

O mesmo não se dá com os chamados "especiais fins de agir", pois estes, ao contrário do dolo, não são definidos através de uma valoração e, na verdade, compõem **descritivamente** a identidade da classe de ação a que nos referimos. Basta ver, por exemplo, que não é possível identificar que se trata de um furto, segundo a previsão do art. 155 do Código Penal brasileiro, sem o ânimo de assenhoramento definitivo descrito pela expressão *para si ou para outrem*. Assim, essa expressão há de compor, assim como todo e qualquer elemento subjetivo diverso do dolo e da imprudência, a parte descritiva do tipo, o tipo formal, ou a pretensão conceitual de relevância.

Do mesmo modo, no campo dessa pretensão conceitual, estarão os chamados pela doutrina tradicional de "elementos objetivos do tipo", sejam eles normativos ou

objetivos. É que todos eles servem à descrição de que classe de ação estamos falando.

2.6 A questão do resultado

Todo tipo de ação ou omissão contempla não apenas uma descrição de uma conduta, mas também uma expressão de ofensa a um bem jurídico, que se configura no resultado.

Evidentemente, a aflição ao bem jurídico relevante é a expressão do desvalor do resultado, que resta, nessa concepção, integrado ao conceito de tipo de ação ou pretensão de relevância, através de uma pretensão de ofensividade.

Todo delito se equilibra entre um desvalor de ação e um desvalor de resultado. O delito sempre é a expressão de uma conduta desvalorada que produz um resultado também negativamente apreciado. O resultado é questão fundamental especialmente no delito imprudente, posto que a imprudência somente pode gerar responsabilidade jurídico-penal a partir da existência de um resultado.[221] Do mesmo modo, a análise das regras de concurso de crimes demanda relação direta com o número de resultados implicados.[222]

Ocorre que esse postulado se refere a um resultado jurídico, assim considerado desde um ponto de vista axiológico: a violação ou a colocação em perigo de um bem jurídico de importância crucial para o desenvolvimento social do homem.

De outro lado, o resultado também pode ser considerado desde um ponto de vista ontológico, natural, como acontecimento do mundo do ser, uma alteração no mundo exterior perceptível pelos sentidos.

Como se sabe, o tipo de ação somente pode ser afirmado a partir da interação entre a dimensão do ser e a do dever ser, integradas em um processo de comunicação, que transmite *significado*.

Pois bem. O desvalor do resultado comporta dupla expressão, cada uma delas referida a uma dimensão distinta: o resultado naturalístico, como efeito da conduta, guarda correspondência com a descrição formal do tipo pela norma jurídica; enquanto isso, o resultado jurídico não aparece, em geral, explicitamente descrito pela norma,

demandando necessariamente uma valoração, consistente na percepção do bem jurídico afligido.

Ocorre que nem todo tipo penal descreve um resultado específico destacado da conduta e há alguns tipos até que descrevem apenas condutas, sem qualquer resultado.

Assim, de um ponto de vista meramente descritivo, a questão do resultado guarda correspondência à classificação tradicional dos tipos quanto ao resultado ontológico. Ao contrário, considerado o tipo de ação em sua integralidade, ou seja, incluída a pretensão de ofensividade, é forçoso reconhecer que o resultado guarda referência ao bem jurídico, consistindo especificamente em sua aflição, pelo que corresponde à classificação dos tipos quanto ao resultado jurídico.

2.6.1 Classificação dos delitos quanto ao resultado natural

A doutrina mais tradicional oferece uma classificação de crimes quanto ao resultado natural.

O resultado delitivo, assim como a ação, seria um fenômeno físico, ontológico.

Segundo esta, existem crimes materiais – que possuem resultado lógica e cronologicamente destacado da conduta (por exemplo, homicídio, furto) –, crimes formais ou de consumação antecipada – em que o resultado natural existe, diverso da conduta, mas ambos têm lugar ao mesmo tempo (por exemplo, ameaça, injúria verbal) – e, finalmente, crimes de mera conduta – que não possuem resultado naturalístico (por exemplo, porte ilegal de arma, violação de domicílio).

2.6.2 Classificação dos delitos quanto ao resultado jurídico

A doutrina mais moderna, que reconhece que a estrutura do sistema de imputação ancora-se em uma estrutura normativa, axiológica, prevalentemente entende que o resultado consiste em uma vulneração de bens jurídicos, admitindo até mesmo que o resultado consista simplesmente na vulneração de um comando normativo.

Do ponto de vista do resultado jurídico, o foco deixa de ser a existência ou não de um acontecimento e passa a ser a lesão ou o perigo de lesão a um bem jurídico.

O resultado jurídico encontra-se associado à dimensão axiológica da pretensão

de ofensividade. Ou seja, somente se pode falar em tipo de ação quando afligido um bem jurídico. Na doutrina tradicional, discute-se se essa carga normativa, axiológica deve ser representativa de uma dimensão material da tipicidade[223] ou se, justamente porque axiológica, pertencerá a uma dimensão material da antijuridicidade. Independentemente da postura que se adote, o resultado é idêntico, ou seja, a referência é sempre ao bem jurídico e, na construção aqui adotada, sempre se traduzirá na pretensão de ofensividade.

A ofensividade, pois, traduz o grau de ofensa ao bem jurídico. Um bem jurídico pode ser ofendido porque lhe foi causada uma lesão, ou apenas um perigo.

Assim, quanto ao resultado jurídico, os delitos se classificam em delitos de dano ou lesão – que preveem a destruição ou vilipêndio do bem jurídico (ex.: homicídio, roubo) – e delitos de perigo – que põem em risco o bem jurídico. Estes últimos se subdividem em crimes de perigo concreto – cuja consumação depende da efetiva comprovação de exposição a perigo do bem jurídico (ex.: incêndio, crime de perigo comum) – e crimes de perigo abstrato ou presumido (ex.: porte ilegal de armas, tráfico ilícito de entorpecentes).

Uma doutrina minimalista do Direito penal tende a negar a legitimidade dos crimes de perigo abstrato por considerá-los um exagerado avanço de barreiras de imputação. Não parece correta a negativa taxativa, sem maiores considerações, ainda que seja forçoso reconhecer que o uso da técnica de tipificação do crime de perigo abstrato deva corresponder ao emprego de outros elementos na composição do tipo que, de alguma maneira, logrem compensar o adiantamento de barreiras de imputação que representa.

Por essa razão, inclusive, tem surgido recentemente na doutrina[224] um grupo de situações concretas que vêm sendo consideradas intermediárias entre o perigo concreto e o perigo abstrato e vêm sendo chamadas de delito de perigo abstrato-concreto, delito de atitude ou potencial lesivo (*Eignungsdelikt*), ou ainda delito de periculosidade (*Gefährlichkeitsdelikt*), como, por exemplo, os delitos de exposição a consumo de produto que pode causar dano à saúde humana ou ainda – ressalvado o excessivo uso de elementos normativos do tipo – o crime de poluição do art. 54 da

Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, em que existe a referência à mera possibilidade de causar danos à saúde humana.

Evidentemente, se o caso fosse de referência ao consumo exclusivo que uma determinada pessoa faz de um produto oriundo de um produtor identificado, bem como, em se tratando de uma poluição de um curso de água determinado que é aproveitado unicamente por uma vítima determinada, que se contamina, a solução poderia ser dada pelo tipo penal do homicídio ou das lesões corporais, com a concretude necessária e desejável. Mas, uma vez que haja distribuição massiva do produto e sua exposição à venda a um sem-número de pessoas, ou que a poluição seja do ar, sujeita à circulação dos ventos, ou do mar, ou de um rio de cuja água se beneficiem distintas pessoas, os cursos causais perdem-se no anonimato, exigindo uma fórmula de adiantamento da imputação.[225]

No entanto, por muito que tais situações concretas possam, de fato existir, não parece correto pensar que sejam elas capazes de gerar uma categoria de tipificação à margem do perigo abstrato ou perigo concreto, senão que, embora tenham uma justificativa fundante diferente do mero perigo estatístico, no que refere à técnica de tipificação são, de fato, crimes de perigo abstrato, uma vez que não consta da descrição típica a exigência concreta do perigo.

3 A RELAÇÃO ENTRE A CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS QUANTO À AÇÃO E A CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS QUANTO AO RESULTADO NATURALÍSTICO

A efetiva realização de um delito que se classifica entre os que requerem a existência de um resultado naturalístico, tal como o homicídio ou as lesões corporais, pode dar-se tanto através de um fazer, uma ação positiva, ou seja, comissiva, quanto de um não fazer.

Caso a previsão legal seja de um delito de resultado, que comporte um atuar positivo, ou seja, de uma conduta comissiva e, no entanto, o mesmo resultado tenha sido provocado através de uma atuação negativa, ou seja, um não fazer, isso se traduz em um crime comissivo por omissão ou omissivo impróprio.

É possível afirmar, assim, que haverá uma relação direta entre os crimes de resultado naturalístico e a sua classificação como crimes comissivos ou crimes omissivos impróprios. Os crimes que exigem resultado naturalístico somente podem ser atribuídos a um fazer como forma descritiva. Portanto, todo crime de resultado somente pode ser realizado comissivamente ou em comissão por omissão.

Em sentido contrário, aqueles delitos cuja proibição não é da produção de um resultado natural destacado da própria conduta, ou seja, aqueles crimes cuja consumação esteja na dependência tão somente de uma atuação, quando cuidam de proibir um atuar positivo, portanto, comissivo, são os chamados *crimes de mera conduta*, posto não possuírem resultado naturalístico. Se, porém, a proibição refere-se a uma omissão, serão os *crimes de omissão própria*.

Ou seja, os crimes de omissão própria não dependem da demonstração de qualquer resultado naturalístico, já que a responsabilidade penal deriva, no caso, da simples atuação negativa, ou seja, de não fazer, de não cumprir a ordem normativa.

4 AÇÃO, CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Algumas vezes, como visto, o sentido ou o significado de uma ação a convertem na causa de um resultado. Assim, a conexão entre o resultado e a ação ou omissão pertence também ao tipo de ação.

Se a ação e o resultado fazem parte da expressão de sentido de um tipo penal, obviamente, o liame entre eles também há de produzir o mesmo efeito.

Assim, dentro do *tipo de ação*, compete estudar a causalidade, a provocação de um resultado pretensamente relevante e desvalioso jurídico-penalmente falando.

Outrossim, o problema da causalidade, ou da relação entre causa e efeito, está mal proposto em termos de Direito penal. Isso porque, se a ação e a omissão não são questões meramente ontológicas e se o resultado pode ser visto não só como um elemento natural, mas também jurídico, é óbvio que a análise da relação entre ação e resultado não pode pretender ser afirmada unicamente pela via ontológica.

Desse modo, mesmo isolando aqueles delitos que são considerados naturalisticamente como delitos de resultado, ou seja, os crimes materiais, como o

homicídio, o aborto ou as lesões corporais, é objeto obrigatório de estudos a análise sobre que critérios se utiliza para decidir que uma conduta é causa de um resultado e que parâmetros probatórios se utiliza para demonstrá-lo.

Obviamente, há casos comuns na prática cotidiana que não oferecem qualquer dificuldade de demonstração da relação de causalidade, tais como os golpes de faca que são vibrados por A contra B e a consequente morte deste ou a destruição de um edifício após a explosão de uma bomba anteriormente ali colocada.

Há, porém, situações limítrofes em que as coisas não ocorrem de modo tão simples, e nem salta aos olhos essa relação. Basta, para exemplificar, o famoso caso *Contergan*, ou o caso do *Lederspray*.[226]

No caso Contergan, a Corte estabeleceu a causalidade entre a Talidomida (nome comercial Contergan), um produto tranquilizante tomado por mulheres grávidas, e as deformidades que surgiram em alguns dos recém-nascidos, admitindo não ser possível fazer um juízo absolutamente seguro de causa e efeito, ressaltando não ser importante a certeza objetiva das ciências naturais para estabelecer a convicção do julgador. A decisão pela condenação baseou-se em uma escolha entre os diversos laudos de especialistas, divergentes entre si, segundo aquele que merecia maior credibilidade ou cujo resultado era mais provável.[227]

No caso Lederspray, não foi possível demonstrar a existência de uma causalidade natural entre as enfermidades produzidas e o uso de um determinado produto para limpeza de artigos de couro, tendo sido valorado pela Corte, para efeitos de condenação, laudos periciais que demonstraram apenas indícios clínicos da possibilidade de relação entre o uso da substância e os danos produzidos.[228]

Esses casos põem em cheque a segurança dos resultados que podem derivar da ideia de causalidade natural, ou seja, da teoria da equivalência dos antecedentes, segundo a qual causa é tudo o que contribui para o resultado. Tal teoria é a adotada pelo Direito penal positivo no Brasil, conforme se evidencia da exposição de motivos do próprio Código Penal, em sua versão de 1984.[229]

Várias são as situações problemáticas. A primeira delas, justamente relativa à omissão: se é verdade, como afirmava Radbruch, que do nada nada surge, não se pode

relacionar determinado resultado a uma omissão, salvo teorizando sobre essa relação, ou seja, através de uma hipótese de causalidade. A causalidade hipotética, no entanto, carece de demonstração empírica. Além disso, existe, como em alguns dos casos vistos, uma completa insegurança de afirmação da causalidade, salvo baseada em regras estatísticas de probabilidade.

Isso tudo é claramente derivado da própria falência da relação de causalidade nas ciências naturais. O modelo determinista do universo,[230] que serviu de base para a construção do padrão científico até o início do século XX, ruiu a partir da exploração por Werner Heisenberg das consequências da hipótese quântica de Max Planck,[231] com a formulação do princípio da incerteza.

Heisenberg, utilizando a tese de Planck, demonstrou que, se a posição e velocidade de uma partícula se medem partindo da definição de sua posição e velocidade atuais, através da irradiação de luz sobre ela, e se a quantidade de luz a ser utilizada será limitada por um quantum, o qual perturba a partícula mudando sua velocidade de forma imprevisível, quanto maior for a precisão e certeza na determinação da posição dessa partícula, menor será a possibilidade de demonstração precisa de sua velocidade, e vice-versa.[232] Com isso, restava provada a indeterminação,[233] desmentida a pretensão absoluta da relação da causa e efeito, uma vez que já "não se pode prever eventos futuros com precisão, uma vez que também não é possível medir precisamente o estado presente do universo".[234]

Ferrajoli[235] refere que "o determinismo, como se sabe, entrou em crise nas ciências naturais com o abandono pela física do modelo mecanicista newtoniano, com a teoria quântica e com a afirmação do 'princípio da indeterminação' de Werner K. Heisenberg", assim, "o postulado do determinismo resta derrubado hoje, tanto na física quanto na epistemologia da ciência. Por isso, o esforço que se segue realizando para conciliá-lo com o problema da liberdade e da responsabilidade humana não se explica senão pela sugestão paracientífica que o determinismo físico exerceu sobre a filosofia prática".[236]

Ademais, os próprios estudos de psicologia cognitiva já demonstraram que a causalidade é uma construção artificial, própria dos seres humanos, que tem tendência

à formação psicológica de padrões de regularidade que são buscados inclusive onde não existem[237].

Em face disso, certos paradigmas concebidos filosoficamente têm que ser rejeitados.[238]

Os cientistas sociais, que importam a relação de causalidade das ciências naturais para servir ao sistema de imputação, estão reféns da demonstração de sua ineficiência, o que leva a uma importante perda de referencial. Isso, transportado para a seara do Direito penal, evidenciou a fragilidade das teorias da causalidade até então mantidas no âmbito da teoria do delito.[239] Como consequência, abriu-se passo para decisões que violam ou simplesmente abandonam a referência à causalidade como exigência para a imputação de responsabilidade penal, ou ao menos, a interpretam de maneira absolutamente restrita e não condizente com a pretensão de verdade absoluta, que é sua nota distintiva.

Além disso, existem ainda os cursos causais irregulares e as interrupções dos cursos causais que geram situações ainda mais intrincadas. Por exemplo: se Antônio envenena Carlos, mas antes que o veneno faça efeito, Carlos é alvejado por Júlio, qual seria a responsabilidade de Antônio? Se o envenenado, antes de ser alvejado, é socorrido por uma ambulância que, em virtude do excesso de velocidade, sofre um acidente, provocando-lhe politraumatismo, ocasionando a morte, qual a responsabilidade que remanesce a Antônio?

Diante desse quadro, é necessário delimitar o seguinte: se o conceito de causalidade, ou suas teorias, podem resolver todos esses problemas ou se é necessária alguma adição. Em sendo este último o caso, que tipo de adição pode ser feita. Nesse sentido, parece que a causalidade deve, sem dúvidas, receber a adição de critérios axiológicos para a determinação da imputação do resultado a efeitos de reconhecer a pretensão conceitual de relevância. Esses critérios são discutidos no âmbito da teoria da imputação objetiva.

Isso não implica o abandono da causalidade, mas sim sua complementação, razão pela qual é necessária tanto uma compreensão concreta do papel da causalidade no sistema de imputação, quanto uma delimitação de critérios axiológicos válidos de

complementação da relação entre ação e resultado para fins de imputação.

4.1 A evolução das teorias jurídicas da causalidade

Um dos critérios fundamentais das teorias do delito de base ontológica sempre foi o da causalidade. A Dogmática jurídico-penal sempre conviveu com distintas teorias a respeito.[240]

A busca de estabelecer critérios para a relação de causalidade no âmbito jurídico-penal pode ser dividida basicamente em duas vertentes: uma uniforme, onde figura uma única teoria (da equivalência dos antecedentes) que se relaciona estreitamente à perspectiva das ciências naturais e que trata igualmente distintas contribuições para o resultado; outra diferenciadora, na qual se inserem diversas teorias, como a da causalidade adequada, a da relevância causal, a da relevância típica, a da qualidade do efeito ou da causa eficiente e a da causalidade jurídica, que tratam de estabelecer entre as possíveis contribuições para o resultado as "causas" através de uma diferenciação das características delas.[241]

4.1.1 Teoria igualitária: equivalência dos antecedentes

A teoria da equivalência dos antecedentes causais, também chamada de teoria da condição simples ou teoria da *conditio sine qua non,* estabelece que causa é tudo o que contribui de algum modo para o resultado. Sua origem é atribuída à concepção filosófica de Stuart Mill,[242] transportada para o direito por Julius Glaser,[243] e seu desenvolvimento mais completo deriva dos trabalhos de Von Buri.[244]

Para identificação dessa contribuição, propõe-se a utilização do processo hipotético de eliminação, formulado pelo professor sueco Thyrén,[245] que consiste na supressão mental da condição verificada para constatar se, com sua supressão, o resultado se teria produzido tal como se produziu. Se o resultado é afirmativo, é porque o objeto da verificação é causa, do contrário, não.

Essa é a teoria adotada pelo nosso Código Penal atual[246] e também era a adotada no Código Penal de 1940,[247] o que demonstra sua adequação tanto à perspectiva de uma teoria do delito causal-naturalista quanto a uma proposição finalista que parta

das premissas estabelecidas pelas primeiras formulações de Welzel.[248]

A oposição mais evidente que se pode fazer à teoria da equivalência dos antecedentes é quanto à sua amplitude e a possibilidade de regressão infindável. Objetivamente, a imputação pode ser levada ao infinito.

A par disso, como visto, a doutrina moderna tem apontado outros problemas da teoria da equivalência dos antecedentes. É que a causalidade, na verdade, é presumida e não apreendida. Somente o conhecimento empírico da causalidade pode levar à conclusão a respeito dos efeitos de sua supressão, de modo que, ao cogitar-se sobre a possibilidade de ocorrência do resultado com a supressão do ato que seria potencialmente sua causa, não se faz mais que supor a alteração do resultado e essa suposição remanesce carente de comprovação empírica, com o que sequer pode ser considerada uma definição ou uma fórmula.

Transparecem claramente essas dificuldades nas situações de delitos tentados onde o resultado pretendido não se produz, com o que o processo de eliminação permanece completamente dentro do campo da cogitação. Também há problemas evidentes nos casos de crimes omissivos, pois o processo se inverte no sentido da inclusão hipotética de uma ação cujos efeitos no fato concreto são tão indeterminados que se perde completamente a possibilidade de averiguação segura da causalidade. Trata-se de verificar quando um resultado não teria se produzido, caso houvesse, de parte do sujeito, a atuação normativamente exigida. Ora, evidentemente se está diante de uma projeção, e não de uma constatação empírica.

4.1.2 Teorias diferenciadoras: especial referência à causalidade adequada

De outro lado, as teorias diferenciadoras da causalidade – assim chamadas por selecionar algumas entre as causas possíveis – apresentam distintas proposições de critérios que, associados à causalidade natural, selecionam o que é causa em termos penais. As teorias diferenciadoras encontram campo especialmente fértil nas concepções jurídicas neokantianas, que propunham a identificação de uma ciência do dever ser separada metodologicamente das ciências naturais, e como tal, proclive a desenvolver sua própria concepção de causalidade. Derivou de tais proposições

veemente crítica à insuficiência da teoria dos antecedentes causais, desvelando a necessidade de acrescentar-lhe um elemento axiológico.[249]

Merece destaque, nesse contexto, a proposição de Mezger,[250] de adoção da chamada *teoria da relevância causal*. Para a análise da relevância, Mezger estabelecia que não só deveria ser verificada a adequação, mas também ser realizada uma interpretação racional dos tipos, já que, segundo ele, "a resposta à pergunta sobre a relevância da conexão causal só pode ser encontrada nos tipos penais legais, em virtude da interpretação de seu sentido".[251] A determinação da responsabilidade penal pela produção de um resultado desvalorado dependeria da presença de três distintos requisitos:

> "1. da conexão causal do ato de vontade com o resultado; 2. da relevância jurídica de tal conexão; e 3. da culpabilidade do sujeito. Também nos casos nos quais a lei não exige a culpabilidade, é necessário sempre examinar, especialmente, além da conexão causal, a relevância jurídica da mesma. Por isso, é preciso que nos ocupemos especialmente, além da causalidade, da relevância jurídica da mesma, investigando como e onde esta haverá de determinar-se."[252]

A teoria da relevância admitia a perspectiva da teoria da equivalência como correta para as ciências naturais, mas acrescentava o dado axiológico da relevância, para escolher, entre as causas naturais, aquelas relevantes para o direito, sustentando que só assim – axiologicamente – é que se estabelece a causalidade do ponto de vista das ciências sociais.

A principal contribuição do trabalho de Mezger é a constatação de que para a averiguação da relevância dos nexos causais, não bastavam os princípios da adequação, mas também se fazia necessária uma interpretação conforme o **sentido** dos tipos legais, do que advém a exigência de formulação de uma análise autônoma e subsequente à causalidade, para a configuração do tipo objetivo.[253]

A escolha do que é relevante se daria através da determinação de o que é adequado para a produção do resultado e, por esse caminho, chegar-se-ia a uma ideia

de adequação que é a base de outra teoria: a teoria da causalidade adequada.[254] A diferença básica entre as duas é que a teoria da relevância admite que o aspecto "adequação" deve ser discutido já no campo do tipo penal, e não antes.

A teoria diferenciadora reconhecida como a mais importante é a chamada *teoria da causalidade adequada*, cuja paternidade é atribuída pela doutrina ao médico e estudioso de lógica Johannes von Kries[255] e que, mesmo estando em franco declínio, ainda modernamente conta com importantes defensores.[256]

Para essa teoria, causa é o antecedente não apenas necessário como adequado para a produção do resultado. Um comportamento somente poderá ser considerado causa do resultado em sentido jurídico penal se for tendente à provocação do resultado típico.[257] A partir dessa teoria, ficavam excluídas como causa do resultado as ocorrências extraordinárias, fora do normal, ainda que elas estivessem relacionadas com o resultado. A relação de causalidade se estabelecia com base em regras de probabilidade. Somente aquilo que, pelas regras normais da experiência, segundo a análise do julgador, poderia conduzir ao resultado seria considerado causa.

Uma de suas principais vantagens em relação à teoria da equivalência dos antecedentes causais é que impediria o regresso ao infinito sem ter que se socorrer da análise do dolo e da culpa, o que serviria, por exemplo, para rechaçar a responsabilidade penal dos ancestrais do criminoso, em face do delito por este cometido, sem necessidade de justificá-lo subjetivamente.[258] Além disso, também permitia negar o caráter de "causa" às condições que imprevisivelmente, e sem culpa do autor, tivessem provocado o resultado mais grave.

A teoria da causalidade adequada também recebeu veementes críticas, sendo que uma das principais foi a de que ultrapassa os limites da causalidade para ingressar em seara da responsabilidade penal[259] por valer-se de um aspecto axiológico.

Ocorre que, evidentemente, as regras de probabilidade tampouco são absolutas, variando, inclusive, segundo a experiência pessoal de cada julgador, produzindo um critério absolutamente desprovido de segurança que torna pertinente a crítica de Honig[260] no sentido de que ela termina por confundir o critério ontológico de

causalidade com o problema axiológico da imputação. Ao introduzir um conceito de homem prudente, ou de regras da experiência ou ainda a ideia de previsibilidade, já se está migrando para o campo axiológico, para o campo da valoração.

Há quem sustente[261] que o Código Penal de 1984, ao estabelecer no § 1º do art. 13 textualmente: "a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, no entanto, imputa-se a quem os praticou", admitiu uma concessão à teoria da causalidade adequada para as hipóteses de causa superveniente, já que a causalidade natural se estabelece, mas a interrupção da nova causa torna a anterior "inadequada" para a produção do resultado, com o que não pode ser causa senão do que se produziu até a interrupção.

Na realidade, a teoria da causalidade adequada, além de estabelecer a relação de causalidade, estabelece uma base mais adequada para a imputação, ainda que não possa converter-se, simplesmente, nela.[262] É que, embora a teoria da adequação tenha razão em seus postulados, ela não é uma teoria da causalidade, mas sim uma teoria da imputação, já que ela não maneja simplesmente os elementos causa-efeito, e sim os valora, já que ela não se limita a analisar se há ou não relação de causalidade, mas procura determinar se essa relação é ou não relevante para o direito.[263]

Evidentemente, todas as teorias diferenciadoras, ao qualificarem as causas com um dado adicional valorativo, acrescentam à dinâmica causal das ciências naturais um acréscimo axiológico, com o que desbordam a causalidade pura para englobar toda a imputação objetiva tal e como é considerada nos dias de hoje. Pode-se dizer, sem risco de exagero, que a necessidade de adoção das teorias diferenciadoras da causalidade, como medidas corretivas dos resultados exagerados produzidos pela teoria de equivalência dos antecedentes,[264] foi prenúncio da necessidade de adoção de critérios normativos para a imputação objetiva do resultado, já que ao menos serviram para demonstrar a insuficiência da mera relação de causalidade para o estabelecimento da imputação.[265]

4.1.3 Alguns recortes sobre a causalidade a partir da linguagem

Desde o ponto de vista da filosofia da linguagem, é possível perceber as raízes lógicas da insuficiência da causalidade para o direito.

Vives Antón[266] destaca que as ações que culminam sendo o objeto de observação do fenômeno jurídico operam de modo independente, contextualizadamente, e não podem ser reconduzidas a um conceito unitário e uniforme de causalidade. O autor exemplifica sustentando que nas expressões: *o disparo causou a morte*, e *a vida retirada o levou (causou) a virtude*, a causalidade é vista de modo distinto.[267] Enquanto a causação da morte pelo disparo comporta perguntas de esclarecimento como o lugar, o tempo, o modo em que se deu, as mesmas perguntas não podem ser dirigidas à outra expressão, pois seriam completamente sem sentido.[268] No entanto, se reconhece igualmente uma situação de causalidade.

A questão se multiplica quando pensamos na causalidade hipotética e incerta que justifica a responsabilidade penal por omissão própria. Obviamente, ela não pode ser unificada em relação à compreensão da causalidade a partir de uma conduta comissiva.

Daí que a ideia de existência de um conceito único e de causalidade seja apenas aparente,[269] o que novamente comprova sua fragilidade como conceito e a insegurança proporcionada por soluções jurídicas ancoradas unicamente nela.

4.2 O papel da causalidade nos modernos sistemas de imputação

É bem verdade que não é mais possível estruturar toda uma teoria do delito sobre um critério tão inseguro como a relação de causalidade. Nesse sentido, a proposta de organização do sistema a partir de um ponto de vista axiológico como a imputação constitui efetivamente uma "revolução copernicana", no sentido referido por Roxin.[270]

Entretanto, não parece que a relação de causalidade, por não constituir um critério absoluto, mereça simplesmente ser relegada, ou seja, ser afastada de plano das considerações jurídico-penais.[271] Em princípio, há uma tendência dogmática em buscar estabelecer diferenças entre a relação de causalidade em geral e sua dimensão jurídico-penal. Nesse sentido, Jescheck[272] observava que "a pergunta sobre a

imputação de um resultado ao comportamento de um indivíduo deve ser decidida em Direito penal de acordo com seus critérios *normativos* específicos. Daí que para a solução do problema da imputação, a categoria científico-natural da causalidade pode fornecer o marco externo, mas não a resposta definitiva". Com essa expressão o autor evidentemente separava o campo da causalidade e o campo da análise normativa da imputação.

Essas perspectivas denotam a inclusão de aspectos normativos já na consideração da própria conduta, fazendo aderir obrigatoriamente, a efeitos de imputação, uma dimensão normativa sem a qual se torna juridicamente inviável a análise da causalidade.[273]

Entretanto, não parece correto simplesmente renegar a relação de causalidade, quer dizer, desprezá-la enquanto teoria. Muñoz Conde, por exemplo, reconhece que "a causalidade tem um aspecto ontológico-empírico que vincula o julgador".[274] Por isso é indispensável "realizar em todo o processo causal uma *seleção* do que, em função de determinados fins, se considera relevante".[275]

A causalidade deve servir como limite negativo de responsabilização do sistema de imputação, com vistas a eliminar a possibilidade de incriminação de casos fortuitos, distinguindo-os de fatos delitivos, bem como para definir os conceitos de perigo e lesão de bens jurídicos.[276] A relação de causalidade entre ação e resultado passa a ser um pressuposto mínimo para o reconhecimento da responsabilidade penal nos delitos de resultado.[277]

Nesse sentido, Roxin[278] observa que "a doutrina atual reconhece de modo claramente majoritário a teoria da equivalência, da seguinte forma: nos delitos comissivos, o nexo causal entre a ação e o resultado é uma condição necessária, mas não suficiente para a imputação do tipo objetivo".

Evidentemente, dessa forma, a causalidade necessita de um complemento que parece deva ser um elemento normativo relacionado à imputação, ou seja, critérios normativos de imputação objetiva.[279]

Nesse diapasão, a moderna formulação da imputação objetiva e a relação de causalidade não são critérios mutuamente excludentes, mas sim complementares. Quer

dizer: objetivamente, se imputa o resultado no âmbito penal através da associação entre a clássica relação de causalidade e critérios normativos complementares.

A utilização de critérios normativos para complementar a relação de causalidade para fins de imputação é exigência reconhecida unanimemente pela doutrina moderna.[280] Essa exigência levou à elaboração de uma teoria geral da imputação objetiva que "desenvolve-se a partir da compreensão do conteúdo normativo do tipo, que dá significado social à relação de causalidade, passa pela verificação da existência de situação de risco juridicamente reprovada e conclui por constatar a realização do risco em resultado jurídico-penal relevante".[281] O que não goza de unanimidade, sob esse aspecto, é o limite do alcance teórico e da relevância prática dessa teoria geral e até mesmo o reconhecimento do caráter de teoria geral para essa formulação.

4.3 A contribuição da teoria da imputação objetiva para o estabelecimento do t de ação

Com efeito, malgrado haja um amplo desenvolvimento e discussão no campo da imputação objetiva, que em outro lugar já foi detidamente dissecado,[282] aqui a pretensão se resume a analisar que tipo de complemento pode oferecer a referida teoria para o desenvolvimento da análise do tipo de ação.

Conforme verificado, a relação entre ação e resultado, a efeitos de configurar o tipo de ação, é uma afirmação de sentido axiológico, portanto, não pode resumir-se à causalidade ontológica, ainda que ela configure seu pressuposto indispensável.

Necessária, pois, a adição de uma dimensão axiológica à junção entre ação e resultado. Essa dimensão axiológica é fornecida de modo mais detalhado pelos estudos que se desenvolveram sob o título de "teoria da imputação objetiva".

Outrossim, é necessário observar que a abrangência que se pretende dar à discussão da imputação objetiva, especialmente quanto à sua fórmula de teoria geral, deriva de uma inadequada normativização absoluta do sistema de imputação.

As tendências de normativização que arrancam a partir de Roxin e se aprofundam com Jakobs, se por um lado abandonam a ação ontológica como categoria

de base do sistema, não voltam a adotá-la como o sentido de um substrato típico, passando direta e unicamente a estruturar o sistema a partir da tipicidade, dando um cariz normativo associado ao caráter propositivo da norma posta. Isso resulta em um normativismo tão absoluto que deriva nos exageros do funcionalismo sistêmico, com seu desprezo à condição humana ou, na tentativa de Roxin em salvá-lo, nas incongruências derivadas do funcionalismo teleológico.[283]

Desde um ponto de vista da filosofia da linguagem, a estruturação da imputação, como de todos os aspectos da teoria do delito, deve processar-se através da identificação de um significado. Não é diferente com o reconhecimento dos critérios objetivos de aferição da tipicidade.

A doutrina vem progressivamente acolhendo esse ponto de vista. Por exemplo, Bustos Ramírez,[284] referindo-se exatamente à imputação objetiva, comenta que:

> "Os tipos penais na verdade não descrevem ações, mas situações com um processo complexo de comunicação entre dois sujeitos (ou um sujeito e um coletivo); a interação própria de um processo comunicativo é o que cumpre destacar. E isso implica, portanto, considerar todo um complexo de sentido, para que se possa afirmar a existência de um tipo legal."

Se a missão do Direito penal é especificamente exercer o controle social do intolerável através da proteção seletiva de bens jurídicos, parece ser necessária a determinação do que há de ser intolerável em termos de aflição ao bem jurídico para justificar a intervenção penal. Assim, somente aquilo que, como conduta típica, significa uma violação insuportável de um bem jurídico essencial pode objetivamente ser considerado delito.[285]

Na teoria significativa do delito, aqui adotada, a primeira pretensão de validade da norma é uma pretensão de relevância, ou seja, a pretensão de afirmação de que a ação humana considerada é uma daquelas que interessam ao Direito penal. Trata-se, como visto, do tipo de ação. A norma pretende ser reconhecida como relevante.

Ora, há que se reconhecer que nem toda a relação de causa e efeito pode ou deve ser considerada relevante a ponto de identificar um tipo de ação. Por exemplo:

um fabricante de facas não pode ser acusado como partícipe do homicídio que um sujeito praticou com um dos objetos por ele fabricado. Embora exista claramente uma relação de causalidade do ponto de vista da teoria de equivalência dos antecedentes, parece também óbvio que não resulta razoável pretender que sua conduta tenha sido relevante jurídico-penalmente falando.

Sendo assim, a pretensão *conceitual* de relevância (tipicidade formal) parece não alcançar situações desse jaez. Porém, é necessário estabelecer que critérios objetivos axiológicos podem complementar a relação de causalidade, limitando-a, para permitir a afirmação do tipo de ação.

É justamente aqui que parece haver uma importante contribuição a ser obtida pelo estudo da imputação objetiva. Modernamente, tal teoria tem trabalhado frequentemente a categoria do risco, cujo conceito e melhor análise sociológica deriva dos estudos de Ulrich Beck.[286]

Obviamente, diferentes modelos teóricos puxados por distintos fundamentos funcionalistas levaram ao desenvolvimento de critérios distintos para a discussão do risco, em diferentes modelos de teorias da imputação objetiva.[287] No que aqui precisamente nos interessa, é necessário uma postura reducionista.

Reconhecido que a causalidade é apenas um elemento de delimitação negativa da imputação, ou seja, que ausente a causalidade não há atribuição e, por outro lado, presente esta, não se conclui obrigatoriamente a atribuição, a presença de um critério axiológico adicional significa uma diminuição no alcance da imputação e uma tendência a reduzir o âmbito de aplicação do Direito penal.

Por isso, creio apropriada a adoção, senão de algo que se possa chamar *teoria da imputação objetiva*,[288] ao menos de critérios axiológicos de atribuição do tipo. Resulta, pois, imprescindível declinar, dentre o universo de critérios apresentados na doutrina, quais são os que se deve considerar adequados à filtragem axiológica da imputação já no âmbito do tipo. O que existe é meramente a adição do critério axiológico do risco na determinação do elo objetivo da imputação, sendo que esse critério axiológico é determinado dentro de cada tipo, consideradas as ações caso a caso.

Os critérios aqui adotados como válidos para a afirmação do tipo de ação são: (a*)* a criação ou incremento de um risco a ponto de ultrapassar os limites do que se pode tolerar, ou seja, do risco permitido; e (b*)* a realização, no resultado, do risco previamente criado.

Quando se analisam os níveis de riscos permitidos e as realizações desses riscos, tais características vão referidas aos riscos próprios dos tipos predeterminados. É por essa razão que existe, por exemplo, uma maior tolerabilidade no que tange ao risco à honra ou à integridade física do que à vida. Portanto, os limites tolerados de risco para bens jurídicos diferentes serão diferentes. Do mesmo modo, ainda que referidos ao mesmo bem jurídico, tipos penais diferentes poderão ter limites de tolerabilidade de risco diferentes. Por exemplo, o furto e o roubo são igualmente crimes contra o patrimônio e o princípio de intervenção mínima diz que o furto de uma caixa de fósforos não tem ofensividade suficiente para dotar materialmente o tipo de relevância suficiente para que se imponha a pena do furto, entretanto, um roubo, onde o agente aponta uma arma para a cabeça da vítima para subtrair-lhe a mesma caixa de fósforos, será relevante penalmente a ponto de admitir a submissão ao controle social penal. Isso deriva do fato de que, embora ambos sejam ilícitos contra o patrimônio, o roubo é um crime complexo, que inclui um elemento a mais – a violência ou a grave ameaça –, que importa em limites de tolerabilidade do risco distintos do furto, por tratar-se de crime complexo, que agrega outro bem jurídico, ao lado do patrimônio.

Assim, cada tipo terá seu limite no que tange à validade da pretensão de relevância e de ofensividade da norma e essas pretensões se relacionarão com os critérios da criação e realização do risco não permitido, de modo a estabelecer diferentes padrões axiológicos de realização da pretensão de justiça.

Portanto, não há uma teoria geral unificada que se possa considerar *teoria da imputação objetiva*, o que existe são diferentes critérios oferecidos pela doutrina, em complemento à causalidade, para a determinação da atribuição de um tipo à realização de uma conduta.

Acredito, pois, que não seja pertinente afirmar, entre aqueles autores que

aceitam o desenvolvimento das teses que incluem critérios normativos para a determinação da atribuição do resultado a uma conduta, que estes *adotam a teoria da imputação objetiva*. Primeiro, pela ausência de uma teoria da imputação objetiva unificada propriamente dita, e depois, porque os critérios adotados configuram, isso sim, meros critérios axiológicos de adesão à causalidade no sentido da determinação de um tipo.

Por outro lado, creio ser adequada essa adesão. Em primeiro lugar, porque a relação de causalidade, por sua fragilidade teórica, não pode mais sustentar, de modo válido, o nexo entre conduta e resultado sem um suplemento axiológico. Em segundo lugar, esse complemento axiológico é determinado pela moderna tendência evolutiva do próprio Direito penal, que tende a reconhecer-se hoje como um instrumento político-criminal de controle social e não como uma estrutura dogmática universal, imutável e perfeita. Em terceiro lugar, é óbvio que a causalidade que dota de sentido uma expressão a ponto de fazê-la ser identificada como um tipo de ação contém, no próprio processo de comunicação que a identifica, um necessário componente axiológico. Ademais, tudo recomenda que assim se faça, já que a inclusão de critérios axiológicos na causalidade, para a determinação de sentido do tipo de ação, obrigatoriamente recorta o âmbito da imputação, o que, do ponto de vista político-criminal, é altamente recomendável.

A correta apreciação de questões como o risco permitido necessariamente tem que recorrer à conduta típica, posto que cada tipo guarda um nível de proteção a um determinado bem jurídico, com diferentes perspectivas de admissibilidade de risco.

E é ilusão pensar que existe uma categoria geral de “risco permitido”, já que essa análise resta condicionada por cada tipo. Na verdade, ao recorrer ao tipo, a teoria particulariza a sua regra geral, incorrendo em uma contradição. Assim, “a conexão entre um resultado material com um movimento corporal (ação) ou sua ausência (omissão), pertence ao tipo de ação”,[289] isso porque “tanto o resultado quanto o movimento corporal ou sua ausência pertencem ao núcleo da ação típica, isto é, ao seu significado e à sua relevância”.[290] Resumidamente, se pode assumir que “todos os aspectos da imputação objetiva podem ser reconduzidos à conduta típica.

Mas não existe uma *categoria* (um gênero) de conduta típica, mas sim condutas típicas particulares conforme as quais se deve interpretar as ações".[291] Isso leva a que a imputação objetiva "se dissolva" em várias imputações objetivas, cada qual correspondente a um tipo penal específico, demandando sua concreta interpretação.[292]

Portanto, a proposta aqui inscrita acaba sendo reducionista, no sentido de reconhecer a importância da contribuição oriunda da teoria da imputação objetiva para a evidência do caráter axiológico do sistema de imputação, porém, negando o reconhecimento de uma regra geral. Vale dizer, admite-se que o risco permitido e a realização do risco sejam critérios a se ter em conta no momento da imputação do tipo de ação a que se refere, outrossim, nega-se seu caráter determinante de regra geral de imputação.

A aceitação social de um comportamento, porque realizado dentro de um nível de risco tolerado socialmente, não pode, com efeito, ser considerada delitiva. É amplamente aceito por qualquer cientista social, ainda que nem sequer seja penalista ou mesmo jurista, que vivemos em uma sociedade em que os riscos se ampliaram. Assim, a instabilidade social que é promovida pelo delito somente pode ocorrer uma vez presente situação que o cotidiano social ainda não dá por absorvida. Logo, parece necessário o reconhecimento de que algo mais foi incorporado ao sistema como exigência para o reconhecimento da responsabilidade penal.

Portanto, uma interpretação restritiva dos critérios de criação e realização do risco oferecidos por Roxin, entendidos como adições axiológicas à relação entre desvalor de ação e de resultado, variáveis conforme o tipo de ação a que se referem, constituem a efetiva contribuição para a teoria do delito derivada dos estudos modernos sobre imputação objetiva.

4.3.1 Criação do risco não permitido

Através do primeiro critério, é possível resolver os casos em que não há criação nem incremento do risco, negando a possibilidade de imputação para as condutas que, se realizadas dentro dos padrões exigidos pela norma, não teriam logrado evitar o resultado.

Assim, as ações realizadas que promovem diminuição do risco, como as intervenções médicas para salvar pacientes, por exemplo, não podem implicar criação de um risco não permitido. Do mesmo modo, as situações em que não se alcança a criação de um risco socialmente intolerável, tais como as condutas (sempre arriscadas) de conduzir veículos em obediência às normas de trânsito, não são capazes de gerar imputação, na medida em que representam a ausência de ultrapassagem dos limites permitidos ou tolerados de risco.

Quer dizer, a análise da ultrapassagem do limite de risco permitido se faz através de um procedimento que consiste na verificação das circunstâncias em que se deu a conduta, de modo que o resultado somente será passível de atribuição ao autor que houver, com sua conduta, aumentado, de modo relevante, a probabilidade de produção do resultado, quer através da criação, quer do aumento do nível de risco.

Assim, o resultado jurídico realizado pelo autor só deve ser imputado objetiva e tipicamente em seu desfavor, na medida em que o seu comportamento criar um risco para um bem jurídico, não compreendido no nível permitido, e esse risco se realizar no resultado jurídico de aflição àquele bem.

Nota-se, aqui, claramente, a referência ao bem jurídico. Ou seja, os limites entre o nível de risco permitido e o nível de risco proibido dependem da norma a que eles se referem e, como tal, necessariamente dependem do bem jurídico a que se referem. É inafastável a ideia de que diferentes bens jurídicos necessitam de distintos níveis de proteção, bem assim, que os níveis de risco são tolerados socialmente na razão inversa da importância que possuem os bens jurídicos a efeitos do desenvolvimento social do indivíduo. Quanto mais importante o bem jurídico para o desenvolvimento do indivíduo na sociedade, é mais ampla a proteção e menor o nível de risco permitido. Quanto menos importante é o bem jurídico para o desenvolvimento do indivíduo na sociedade, mais estreita é a proteção jurídica e maior é o nível de risco permitido.

Desse modo, temos que os níveis de risco permitido são variáveis segundo uma análise teleológica do tipo em questão visando aferir sua pretensão de proteção de um bem jurídico determinado.

O tema da criação do risco não permitido costuma ser apresentado dividindo entre os casos de diminuição de risco e de criação de risco juridicamente relevante. Porém, parece exagerado pretender a divisão entre dois grupos distintos, um para a falta de criação de um risco juridicamente relevante e outro para os casos de risco permitido. Ora, a análise de exclusão objetiva da imputação é uma análise jurídica. Logo, a exclusão da imputação porque o risco é permitido implica dizer que ele é juridicamente permitido, e como tal, é juridicamente irrelevante. O que consiste em risco criado juridicamente relevante ingressa no campo da imputação, o que não é relevante é, por conseguinte, permitido. O mesmo se diga no que se refere à chamada *Risikoerhonungslehre* (teoria do incremento do risco).

Ora, se o risco já pré-existe, sendo então incrementado pela interferência do autor, há duas possibilidades: que ele esteja no limite permitido ou que o tenha ultrapassado.

Se a vítima já se encontra sob risco, mas dentro dos limites permitidos, nada é ainda relevante para o Direito penal, caso em que, com o incremento do risco adicionado pelo agente, podemos passar a ter ou uma idêntica realidade em que nada é relevante, pois ainda não se ultrapassou o limite de tolerabilidade do risco, ou este é finalmente ultrapassado. Na primeira hipótese, portanto, não há qualquer responsabilidade penal. Na segunda hipótese, pode-se dizer que o risco não tolerado, como tal, foi criado pelo incremento a um risco permitido. Assim, o "incremento do risco" equivale à criação do risco não permitido, pelo que há responsabilidade penal, mas não há necessidade de diferenciação entre o "incremento" e a "criação" do risco.

Se a vítima já se encontra sob risco, em limites intoleráveis juridicamente, estando já ultrapassado o nível de risco permitido, o incremento ingressa já diretamente na área pertencente àquele, constituindo nada mais do que o mesmo risco não permitido ou outro, diferente, mas também não permitido. Na primeira hipótese, há uma "adesão ao risco não permitido" que, se não "cria" propriamente o risco sob o ponto de vista da vítima, o faz, sob o ponto de vista da atribuição do risco como obra do autor. Ou seja, não há uma "criação de risco" para a vítima, mas há uma "criação de um risco" que se pode atribuir ao autor, gerando responsabilidade objetiva. Na

segunda hipótese, o novo risco criado pelo incremento é diferente do primeiro e, por si só, é "não permitido", gerando responsabilidade objetiva.

Assim sendo, não há qualquer razão para diferenciar entre "criação do risco" e "incremento do risco".

4.3.2 A realização do risco criado

Mas não basta a criação do risco não permitido. É necessário que este seja o risco que se plasma no resultado. Essa correspondência é, sem dúvidas, essencial. O próprio equilíbrio fundamental da dupla desvaloração realizada na incriminação (desvalor de ação e desvalor de resultado) assim o determina.

O segundo critério, portanto, visa a exclusão da imputação nas hipóteses de criação ou incremento do risco que, no entanto, não logra realizar-se. Trata-se de resultados que são produto de "cursos causais atípicos".

Aqui se enquadram os casos que, de maneira geral, as doutrinas tradicionais, baseadas simplesmente na equivalência dos antecedentes causais, procuravam resolver qualificando como causas supervenientes relativamente independentes e totalmente independentes, sendo as primeiras passíveis de uma subdivisão entre aquelas que ficavam dentro e fora do "desdobramento necessário" do curso causal.

Os problemas evidentes com essas considerações são dois: sua pretensão ontológica e sua imprecisão. As considerações a respeito do que é "relativamente" ou "absolutamente" independente, e entre o que está dentro ou fora do "desdobramento necessário", são obviamente axiológicas, dependentes de um juízo de valor que não possui qualquer base natural. De outro lado, a vasta gama de cursos causais possíveis não admite a ideia de fixação de um "desdobramento necessário".

Assim, no caso do clássico exemplo da vítima que sofre um disparo de arma de fogo de seu algoz, mas é socorrida por uma ambulância, vindo a falecer por causa de um acidente com o veículo a caminho do hospital, será solucionado pela impossibilidade de imputação do resultado morte ao autor do disparo. A razão é que o resultado que levou à morte foi derivado do risco que implica a circulação de veículos e não o disparo da arma de fogo. Portanto, não há responsabilidade pelo

resultado que se tenha produzido vinculado causalmente ao autor, mas que não derive da fonte de perigo criada por este, razão pela qual, no exemplo, o autor dos disparos responderá unicamente pelo crime tentado. Se o risco que se realiza no resultado não foi criado ou incrementado pelo agente, este não pode ter responsabilidade pelo resultado, remanescendo, no entanto, a responsabilidade pelo desvalor da ação. Presente o desvalor de ação e ausente o desvalor de resultado, a responsabilidade se resumirá à tentativa.

A questão aqui se resume à coincidência entre risco criado e risco realizado. É indiferente se o risco simplesmente não se realizou ou se ele se realizou proveniente de outra fonte. Em ambos os casos, o risco criado pelo sujeito não foi o risco realizado no resultado e isso basta para excluir a imputação.

4.3.3 A relação risco-imputação em face dos tipos de ação

Os detalhes, porém, a respeito dos níveis de risco permitido estão referidos aos distintos bens jurídicos e aos distintos tipos penais que regulam sua proteção. Assim, temos que esse nível de estudo dos critérios de imputação objetiva, representado pela identificação, no caso concreto, de "o que é o risco permitido" e "como ele se realiza", não é um problema de parte geral, mas sim de parte especial. Ou seja, na parte geral, a chamada "teoria da imputação objetiva" tem por contribuição unicamente a oferta de um critério axiológico de seleção do tipo em sua dimensão material (referente ao bem jurídico), que se traduz na exigência da criação de um risco não permitido e da realização desse risco no resultado. As indagações a respeito de "qual é o nível de risco permitido" e a de "como este risco se realiza no resultado" pertencem já à parte especial, ou seja, devem ser resolvidas em separado, no âmbito de cada tipo penal, mediante um estudo a respeito do bem jurídico. Os tipos é que são determinantes dos níveis de risco tolerado e que estabelecem os limites de cada imputação. Portanto, não se pode falar em uma teoria geral da imputação objetiva, mas sim meramente de critérios axiológicos, condicionados pelos tipos, derivados da violação dos limites de tolerabilidade de risco, tanto em sua criação quanto em sua realização.

A par disso, o alcance de cada tipo é variável e não segue uma regra geral, pelo que o tema pertence à parte especial e não de parte geral do Direito penal.[293]

Em resumo: a afirmação do tipo de ação exige, pois, além da correspondência da ação a um tipo, a relação entre ação e resultado jurídico vinculada por uma relação de causalidade somada a dois critérios, oriundos das teses de Roxin: a criação de um risco não permitido ou incremento de um risco preexistente e a realização de tal risco no resultado.

Vale dizer: para a afirmação da pretensão *nominal* de relevância (tipicidade formal), é necessário que haja o sentido de um tipo de ação; que essa ação corresponda a um resultado; que unindo ação e resultado estejam presentes a relação de causalidade; e a afirmação de que a ação transmitiu o sentido de criação de um risco a um bem jurídico e que esse risco foi justamente aquele que se plasmou no resultado.

Isso tudo, porém, ainda não demonstra existente a pretensão de relevância de identificar o tipo de ação, sendo necessário o seu complemento através da pretensão de ofensividade, a ser estudada no capítulo seguinte.

---

1 Marinucci refere que isso só ocorreu em face da insuficiência do conceito de causalidade para cumprir tal tarefa. MARINUCCI, Giorgio*El delito como acción. Crítica de un dogma.* Trad. de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 27 ss. No Brasil: BUSATO, Paulo Césa *Direito penal & ação significativa.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 6 ss.

2 BUSATO, Paulo César. *Direito penal & ação significativa*... cit., p. 112-113.

3 Veja-se a crítica de Roxin à artificialidade do conceito de ação de Welzel em Cl Roxin. Contribuição para a crítica da teoria finalista da acção.*Problemas Fundamentais de Direito penal.* 3. ed. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998. p. 108: "Nenhuma teoria da acção e, ainda mais nenhum outro conceito fundamentado ontologicamente de modo similar, podem constituir a base de um sistema de que possam derivar resultados

práticos" e ainda: "se realmente podem obter por vezes resultados práticos de um conceito supostamente ontológico, a causa reside na projeção inadvertida de conteúdos jurídicos sobre esse conceito e que posteriormente dele se voltam a deduzir".

4 A referência aqui é ao sistema apresentado por Gunther Jakobs e todos os demais que, de alguma forma, se aproximam ou derivam dele.

5 GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual.* Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959. p. 15.

6 Vives comenta que "a primeira pretensão de validade da norma penal se acha liga à concorrência do *tipo de ação*. É, por dizer de algum modo, uma pretensão *epistêmica*: tem por objeto a afirmação de que, com efeito, a ação realizada é das que interessam ao direito penal. Para que tal coisa possa ser afirmada, é preciso que a ação particular que se ajuíza possa ser entendida conforme um tipo de ação definido em Lei". VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 484.

7 BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo.* Tra de Sebastian Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002 (originais de 1930), p. 277.

8 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán.* 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 39, e WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal...* cit., p. 44.

9 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...* cit., p. 278.

10 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...* cit., p. 279.

11 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...* cit., p. 481.

12 A tendência dos autores que adotam um *tipo de injusto* é tratar a dimensão materi no campo da antijuridicidade, posto que nesse caso, o injusto global representado pela antijuridicidade incorpora o tipo, especialmente seu conteúdo material. Assim, por exemplo: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I.* Madrid: Universitas, 1999. p. 323 ss. Também Zaffaroni, a despeito de sua *tipicidade conglobante*. Cf. ZAFFARONI, Eugeni Raul; ALAGIA, Alejando; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte General.* 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 597. No Brasil, sem fazer incorporar o tipo ao campo da antijuridicidade, mas discutindo a ofensa ao bem jurídico no âmbito desta, veja-se BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte*

Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 347 ss. Em contraposição, a doutrina dominante discute o conteúdo de afetação do bem jurídico no campo da tipicidade. Cf. MAURACH, Reinhard; ZIPF, Hans. *Derecho Penal. Parte General I*. Trad. de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 339 ss; ROXIN, Claus. *Derecho penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 292 ss; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I, p. 274 ss. Sobre a relação entre o conceito e as funções dogmáticas do tipo e a situação de distribuição da carga material entre o tipo e a antijuridicidade, confira-se o interessante comentário de Mir Puig: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 532-533.

13 Amplamente, sobre o tema da liberdade de ação como eixo estrutural da imputação, veja-se BUSATO, Paulo César. "Liberdade de ação *versus* neurociências no Direito penal da culpabilidade", *in Revista Brasileira de Ciências Criminais n 145*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 487 e ss.

14 Como observa Martínez-Buján Pérez. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. "concepción significativa de la acción" de t. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionais del delito. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord.: Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001. p. 1145. A adoção do suporte de uma concepção cartesiana da mente como substância levava a Ciência penal tradicional a um conceito de ação "como um fato composto, isto é, como a reunião de um fato físico (o movimento corporal) e outro mental (a volição); desse modo, resultava factível estabelecer uma diferença ontológica entre as ações e os demais fatos, baseada na aportação da mente". Acrescenta que com a mudança de referências para uma filosofia da linguagem, a ação passou a ser entendida "não como algo que os homens fazem, mas como o significado do que fazem; não como um substrato, mas como um sentido".

15 "As ontologias filosóficas fazem parte da *metafísica*, começando pelos pré-*socráticos* até Kant e Hegel, elas questionam o ser em geral. A ontologia fenomenológica de Husserl entende o ser do ente, pela primeira vez como o-que-

se-manifesta. Na análise existencialista de Heidegger el 'dasein' (ser-aí), com relação a outro ente, se define como aquilo em cujo ser o que importa é esse mesmo ser; Heidegger entende a ontologia fundamental como *uma hermenêutica da existência, que pergunta pelo* *sentido* do ser." Cf. DELIUS, Christoph GATZMEIER, Matthias; SERTCAN, Deniz; WÜNCHLER, Kathleen. *Historia da Filosofia, da antiguidade aos dias de hoje*. Trad. de JM Consultores. Colônia: Könemann, 2001. p. 115.

16 Axiologia (do grego "axioma" – valor; *logos* = doutrina). A doutrina dos valores vem justamente a se opor ao corte ontológico, entendendo que a base das formulações e conceitos reside em valorações.

17 Ainda que se reconheça o aprofundamento normativo na concepção do sistema de imputação de Vives (Assim em Emiliano Borja Jiménez. Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001. v. I, p. 883), o conceito de ação em si responde mais a uma concepção dinâmica de "percepção" de uma interação entre o sujeito e o objeto, segundo regras hermenêuticas, e menos a uma valoração estática e pré-concebida, seja de corte ontológico, seja normativo. O fato que daí derive um sistema configurado segundo cânones estritamente normativos provém muito mais da escolha do tipo como base do sistema e da própria concepção da norma do que do modelo de ação adotado.

18 FLETCHER, George Patrick. Aproximación intersubjetiva al concepto de acción. *Conferencia proferida na Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España,* em 1998. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Sevilla: 1998. p. 7.

19 BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunas reflexiones... cit., p. 885, nota 73.

20 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 214.

21 Assim em Tomás Salvador Vives Antón. *Fundamentos*... cit., p. 309-310, e em George Patrick Fletcher. Aproximación intersubjetiva... cit., p. 8.

22 FLETCHER, George Patrick. "Aproximación intersubjetiva... cit., p. 6.

23 "Efectivamente, mientras están de servicio, los guardias del referido Palacio pare que no se mueven, pero ello no se debe a que estén paralíticos, sino a un compromiso que previamente han asumido de permanecer así, inmóviles. En el

mundo circundante hay numerosos datos que sugieren que están firmes en posición de atención (sus uniformes, su formación en grupo, su situación frente al castillo, el horario, la regularidad de su conducta). Todos estos datos sugieren que hacemos una selección desde el mundo circundante, desde el contexto. Veamos ahora al mismo guardia, vestido en traje de calle y pongámoslo solo en medio de un bosque. Nadie que pase por allí sabrá si se trata de un paralítico, de un hipnotizado o de un robot que mueve los ojos. [...] Obsérvese que el mundo circundante y el contexto no son los medios para explicar la conducta, sino para percibirla y comprenderla." FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos del Derecho Penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 90-91.

24 A adequação social também serve de referente para o estudo de Luis Gracia Martín, onde o professor de Zaragoza tenta, dentro da manutenção de bases finalistas, reconhecer "o sentido social da conduta" como parâmetro interpretativo para o estabelecimento de *causas de atipicidade*. Mas a proposta de Gracia Martín se aproxima mais ainda das proposições de uma concepção significativa de ação na medida em que ele reconhece a necessidade de realizar uma "fusão sintética" de categorias que ele denomina "desvalor da *ação/ resultado*", que se encontra sintetizada na expressão linguística *injusto pessoal*. O que resta para que possa ser classificada uma proposta desta natureza ao lado das propostas de Fletcher e Vives é o suporte metodológico da filosofia da linguagem. GRACIA MARTÍN, Luis. Prólogo. In: RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001. p. 15.

25 FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos*... cit., p. 93.

26 FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos*... cit., p. 93.

27 A expressão é de Muñoz Conde: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General.* 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 211.

28 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 211.

29 O próprio Vives (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 258) invoca, em reforço de seus argumentos, a opinião de Rodríguez Mourullo, o qual expressa que "los Tribunales no comienzan preguntándose por la existencia de

una ‘acción humana en sí’, sino *qué acción* es el comportamiento que se somete a su consideración. Normalmente, no se pregunta en primer lugar si el sujeto realizó *una acción*, sino *qué* acción realizó. *Aunque parezca paradójico,* la pregunta acerca de *qué acción* constituye el comportamiento del que tiene noticia el Tribunal, se antepone a la pregunta de si ese comportamiento es verdaderamente una acción". RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La omisión de socorro en el Código Penal.* Madrid: Tecnos, 1966. p. 221.

30 Assim, por exemplo: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Merced *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 217 ss; e BITENCOURT, Ceza Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 228 ss. Além dessas hipóteses, por vezes são levantadas outras situações de óbvia exclusão da ação em sentido jurídico-penal, como os meros processos mentais e as atuações de animais, cuja obviedade não reclama maior comentário. Para maiores detalhes sobre tais hipóteses e outras mais, veja-se: BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa*... cit., p. 223-242.

31 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 260.

32 Muñoz Conde adverte que há controvérsia teórica sobre se existe ou não força irresistível proveniente de fato da natureza. MUÑOZ CONDE, Francisco GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 217. São os casos, por exemplo, da chamada "força indireta", geralmente aplicada a coisas e não a pessoas, como por exemplo, a avaria no sistema de freios de um carro alheio, que provoca o atropelar de um pedestre. De um lado, opina Mir Puig que "nesse caso também há de reputar-se modalidade idônea de força". MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 189. Contra, sustentando que existe ação, "mas amparada por caso fortuito", se posiciona Luzón Peña. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal. Parte General I*... cit., p. 278.

33 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 218.

34 *V. g.*: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forens 1959. t. I, p. 304; FRA-GOSO, Heleno Cláudio. *Lições*... cit., p. 151; e MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 114.

35 Nesse sentido: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal Parte General I*...

cit., p. 277; WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte General*. Trad. de Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 28; e MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 185.

36 Contra a maior parte da doutrina, Bustos Ramírez considera que não há razão doutrinária para limitar as hipóteses aos casos de força física, uma vez que a força moral pode também ser irresistível. Assim em Juan Bustos Ramírez. *Manual de Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 221.

37 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 186.

38 O exemplo provém de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 218.

39 Convém notar que a doutrina tradicional sustenta haver aqui falta de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. No esquema aqui mantido, trata-se de uma permissão fraca, que afasta a pretensão de ilicitude.

40 Assim: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal Parte General I*... cit., p. 278, e MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 186.

41 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 187.

42 Reconhece-se, em geral, na doutrina clássica, a presença de uma exclusão de antijuridicidade ou de culpabilidade. Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 249.

43 Nesse sentido: CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. t. I, p. 63; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal Parte General I*... cit., p. 276-277; e MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 185.

44 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 261.

45 Vide, adiante, § 14, o tema do concurso de pessoas.

46 A doutrina mais tradicional prefere afirmar que não há completa exclusão da vontade. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 218.

47 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 219.

48 Nesse sentido, entre outros: WESSELS, Johannes. *Derecho penal*... cit., p. 28, e

LUZÓN PEÑA, Diego--Manuel. *Derecho penal Parte General I...* cit., p. 281.

49 O exemplo é de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán. *Derecho pena Parte General...* cit., p. 219.

50 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La función negativa del concepto de acciór Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas. Comentarios a la STS de 23 de septiembre de 1983 *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 36, p. 905-933, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1986. p. 908.

51 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Sobre los movimientos "impulsivos" y el conce jurídico-penal de acción. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* nº 44, p. 1-23, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1991.

52 Entre elas Silva cita a STS de 23 de setembro de 1983 (A. 4574), expositor o Sr García Miguel, que trata de uma reação instintiva à dor, uma notícia capturada do Diário *La Vanguardia* de Barcelona, de 15 de agosto de 1986, onde se narra um golpe proveniente de uma reação ao frio.

53 Silva exige do ato puramente reflexo alguns requisitos, a saber: que estejam vinculados a uma provocação externa, quer dizer, a um estímulo que provoca sempre uma reação e que a reação seja produzida biologicamente no âmbito do sistema nervoso periférico, independentemente de fatores relacionados com a personalidade do agente. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La función negativa. cit., p. 910. Mas não podemos concordar com tais critérios. Com o primeiro, porque entendemos que tanto as situações classificadas por Silva de "atos reflexos", como os por ele chamados "movimentos impulsivos", são vinculados à existência de um estímulo externo. E o critério de que uns "sempre" reagem a dito estímulo, e outros dependem, para uma tal reação, da personalidade do sujeito, tampouco é aferível uma vez que a intensidade do estímulo é sempre variável, bem assim existe uma infinidade de fatores que influenciam a recepção de um estímulo, como a composição biológica daquele que sofre o estímulo, fatores ambientais como a temperatura, umidade, ar etc., de modo que não se pode empiricamente demonstrá-lo. Com o segundo tampouco se pode concordar, pois fazê-lo significa admissão necessária do conceito de ação proposto por Roxin. Há que se lembrar que tal envio de Silva Sánchez à culpabilidade dá-se porque ele situa a discussão sobre a inexigibilidade de conduta diversa naquele estrato da teoria do delito. Pela fórmula adotada nesta obra, tal debate é uma

questão de pretensão de ilicitude, sob forma de permissão fraca.

54 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 191.

55 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 191.

56 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 261-262.

57 Esta falta de *dirigibilidade* é a nota que faz com que os autores partidários de um conceito social de ação rechacem a existência de ação em hipóteses dessa natureza. Nesse sentido: WESSELS, Johannes. *Derecho penal*... cit., p. 27.

58 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal Parte General I*... cit., p. 280.

59 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*... cit., p. 303.

60 Nesse sentido: MESTIERI, João. *Manual*... cit., p. 114.

61 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel*Derecho penal de la circulación.* 2. ed. ampl. e atual. Barcelona: PPU, 1990. p. 17-18.

62 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 261-262.

63 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal Parte General I*... cit., p. 281.

64 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 247.

65 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 247.

66 Nesse sentido é primordial a diferenciação entre "ação" e "ato", conforme identi Dotti, ainda que dentro de uma perspectiva unicamente finalista *welzeliana*: "A *ação* não se confunde com o ato, que é um movimento corpóreo. Uma só ação pode ser constituída de vários atos, que ganham unidade por serem uma só manifestação de vontade. Quem efetua vários disparos para ferir ou matar alguém pratica uma só ação, embora composta de vários atos (o acionar a arma de fogo por mais de uma vez)." DOTTI, René Ariel.*Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 304.

67 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 237.

68 *V. g.*: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições*... cit., p. 151.

69 Nesse sentido: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel*Derecho penal Parte General I*... cit., p. 280-281, e BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*... cit., p. 303.

70 CEREZO MIR, José. *Curso*... cit., p. 64.

71 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 263-264.

72 A informação consta em Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito penal. Pa Geral*... cit.,13. ed. v. 1, p. 229. Em sentido oposto, Mir Puig reconhece que os estados de embriaguez têm distintos graus, sendo que a chamada embriaguez letárgica, no seu entendimento, leva à perda de consciência e, de consequência, à inexistência de ação. MIR PUIG, Santiago*Derecho penal. Parte General*... cit., p. 193.

73 Nesse sentido também concorre o posicionamento de Cezar Bitencourt en BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13. ed., v. 1, p. 229.

74 MIR PUIG, Santiago*Derecho penal. Parte General*... cit., p. 192. No mesmo sentido: ROMERO SIRVENT, Clotilde. Causas de exclusión de la acció *Cuadernos de Política Criminal*, nº 46, p. 151-167, Madrid: Edersa, 1992. p. 156-157.

75 Nesse sentido: WESSELS, Johannes. *Derecho penal*... cit., p. 28.

76 CEREZO MIR, José. *Curso*... cit., p. 64.

77 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal Parte General I*... cit., p. 281.

78 Cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal Parte General I*... cit., p. 277, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 188.

79 Veja-se, por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Merced *Direito penal. Parte General.* 8ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 220-222.

80 VIVES ANTÓN, Tomás S. "Lady Macbeth y la doctrina de la acción", *in Crímen y castigos.* [T.S. Vives Antón, J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac, A Alonso Rimo e M. Roig Torres – dir.], Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 941 e ss.

81 O caso, de 1958, refere-se a um homem que dirigiu uma distância considerável ar de sofrer um acidente. Ele foi acusado de condução perigosa. Ele não conseguia lembrar de nada entre um ponto muito inicial da jornada e imediatamente após o acidente. Foi sugerido (e aceito em primeira instância) que ele não estava consciente do que estava fazendo, e "que ele não era capaz de formar qualquer intenção quanto à sua maneira de dirigir". A razão para isso é que ele sucumbiu a uma doença desconhecida e não conseguiu controlar suas ações. Como a

condução perigosa sob o Ato de Trânsito em Rodovia de 1930 era um crime de responsabilidade objetiva (*strict liability*), a negação da existência de *mens rea* não seria suficiente para isentá-lo de responsabilidade penal. Daí o argumento do automatismo. Lord Goddard decidiu que haveria algumas situações em que "o motorista estaria em tal estado de inconsciência que *não se poderia dizer que ele estivesse dirigindo*". Esta é, na verdade, uma negação do *actus reus* e não da *mens rea*, o que aproveitaria ao réu. No entanto, Lord Goddard apontou haver provas de que o acusado havia simplesmente adormecido. Como isso era algo sobre o qual ele tinha controle substancial, presumindo ter consciência de que estava cansado, decidiu que era imprudente continuar dirigindo, devendo subsistir responsabilidade. O juiz Pearson concordou basicamente com todos os pontos do argumento, mas discordou que o réu devesse ser condenado. Ele sustentou que, como o réu havia dirigido uma distância substancial sem incidentes, ele estava claramente "dirigindo com habilidade" e, portanto, deve ter estado *dirigindo*. O recurso da promotoria foi acolhido e o caso foi encaminhado de volta para o juiz. O réu, no entanto, acabou sendo considerado culpado. O juiz, neste caso, considerou que apenas um ato ou omissão *voluntária* pode se qualificar como um *actus reus*.

82 HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and Responsibility*. 2ª ed., New York: Oxford University Press, 2008, pp. 90 e ss.

83 Idem, p. 109.

84 Idem, p. 109.

85 VIVES ANTÓN, Tomás S. "Lady Macbeth y la doctrina de la acción"... cit., pp 944.

86 Assim descreve Shakespeare o ato V de seu drama: "(Entra LADY MACBETH, c uma vela.)

DAMA: – Vejam-na! Aí vem! Essa é sua aparência usual; e, por minha vida, ela está profundamente adormecida. Observem, ela se aproxima.

DOUTOR: – E essa vela que leva consigo, de onde a apanhou?

DAMA: – Tinha a seu lado. Sempre há uma vela ao seu lado; ela ordenou assim.

DOUTOR: – Olhem, tem os olhos abertos.

DAMA: – Sim, mas fechados às sensações.

DOUTOR: – O que faz agora? Vejam, esfrega as mãos.

DAMA: – É um gesto normal nela fazer como se lavasse as mãos. Eu a vi assim sem parar, durante um quarto de hora.

LADY MACBETH: – Ainda resta aqui uma mancha.

DOUTOR: – Silêncio! Ela fala. Escreverei o que sua boca diga para melho fixá-lo na memória. LADY MACBETH: – Fora, mancha maldita! ¡Fora, t digo!... Uma, duas, e bem, já é hora de fazê-lo... o inferno é sombrio... Vergonha, meu senhor vergonha! Um soldado com medo?... Por que temer que se saiba quando ninguém pode pedir ao poder que ostentamos que preste contas?... Quem teria pensado que o velho tivesse tanto sangue?"

87 Expressamente em MOORE, Michael S.. *Act and Crime. The philosophy of Actio and it's implications for Criminal law.* New York: Oxford University Press, 1993, p. 256.

88 Idem, pp. 253-254.

89 Idem, p. 165.

90 VIVES ANTÓN, Tomás S. "Lady Macbeth y la doctrina de la acción"...cit., p. 94

91 WILLIAMS, Bernard. *La filosofía como una disciplina humanística,* México: FC 2011, pp. 119-120.

92 WILLIAMS, Bernard. *'Voluntary Acts nd Responsible Agents' in Oxford Journa legal studies, 10* (1990) 1-10.

93 Moore invoca, para defender sua teoria, a distinção de Strawson entre predicados e predicados P, dos quais os primeiros se aplicariam a corpos materiais e o segundo constituiria os predicados que geralmente aplicamos apenas às pessoas. Mas, como Bernard WILLIAMS aponta, essa distinção não pode ser usada par discernir quando um predicado pertence a uma ou outra classe, como destaca o presente caso. De fato, pode haver predicados que se aplicam apenas a pessoas como corpos, e não se deduz que o sujeito a quem os atos listados são atribuídos possa ser entendido apenas como um corpo; senão parece o contrário.

94 VIVES ANTÓN, Tomás S. "Lady Macbeth y la doctrina de la acción"... cit., p. 94

95 Idem, 946.

96 Idem, 947-948.

97 Idem, p. 949.

98 Idem, p. 950.

99 Art. 28 § 1º do CP – “É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

100 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General...* cit., p. 238-239.

101 Omissão de socorro: Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível faz lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

102 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral...* cit. 13. ed., v. 1, p. 236.

103 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral...* cit., 13 ed., v. 1, p. 236.

104 Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

105 Veja-se, em sentido semelhante: GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Parte Gera* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 235.

106 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal.* 2. ed., Valencia: Tir lo Blanch, 2011. p. 257-258.

107 Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General.* 4. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 274.

108 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal.* 2. ed., cit., p. 290.

109 Cf. ZINI, Júlio César Faria. *Os crimes omissivos na sociedade contemporânea.* Belo Horizonte: De Plácido, 2015. p. 201-211.

110 Cf. Idem, p. 201-211.

111 De modo similar, idem, p. 211.

112 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derec penal. Parte General...* cit., p. 242.

113 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral...* cit., p. 236.

114 Nóvoa Monreal chama esse comando normativo de "Norma de dever de segundo grau". In: NÓVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión.* Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 139.

115 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General...* cit., p. 242.

116 ZINI, Júlio César Faria. *Os crimes omissivos... cit.*, p. 267-270.

117 FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. *Tratado de Derecho penal.* Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 57.

118 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, parte geral...* cit., p. 699.

119 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, parte geral...* cit., p. 699.

120 Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, parte geral...* cit., p. 699.

121 Sobre a questão da causalidade hipotética na omissão e a solução positivista, veja-se, por todos, ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931. Existe versão em espanhol, publicada na Argentina como: ENGISCH, Karl. *La causalidad como elemento de los tipos penales*. Trad. de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

122 Veja-se, por todos, nesse sentido, a posição de Francisco de Assis Toledo em: *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 116: "O problema da causalidade nesses delitos comissivos por omissão tem ensejado inúmeras disputas doutrinárias que, entre nós, com a reforma penal, perde relevância. Com efeito, o legislador pátrio estabeleceu um nexo de causalidade normativo entre a omissão e o resultado, no art. 13 e parágrafos do Código Penal, especificando as hipóteses em que esse nexo deva ser reputado presente [...]".

123 Observa Figueiredo Dias que "esta teoria formal dos deveres de garantia pode dizer-se hoje, em quase toda a parte, doutrinal e jurisprudencialmente abandonada. Logo que uma compreensão naturalista e positivista do jurídico, em particular do direito penal, foi substituída pela matriz da referência a valores, própria da orientação neokantiana, viu-se com extraordinária clareza que ela

assentava em fundamentos insubsistentes. E isto, basicamente, porque acabava por renunciar de modo integral à consideração dos conteúdos dos deveres que assim se criavam; revelando-se de todo incapaz de proporcionar um qualquer *elemento material delimitador*, numa palavra, um qualquer critério material de ilicitude da inobservância do dever de actuar". DIAS, Jorge de Figueiredo *Direito Penal, parte geral...* cit., p. 700. No mesmo sentido: MIR PUIG Santiago. *Derecho Penal – Parte General...* cit., p. 306.

124 Veja-se mais detalhadamente a explicação em KAUFMANN, Armin. *Dogmática los delitos de omissión*. Tradução para o espanhol de Joaquin Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. pp. 270 e ss.

125 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General...* cit., p. 245. No mesmo sentido: BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klau *Direito Penal – Parte Geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 169.

126 KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omissión...* cit., p. 289.

127 KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omissión...* cit., p. 297 ss.

128 Nesse sentido, por exemplo: BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito Pena Parte Geral...* cit., p. 170.

129 Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el estado actual de la dogmática de los delito de omisión en Alemania. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal.* Trad. de Juan Fernández Carrasquilla. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007 p. 246 ss.

130 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General...* cit., p. 245.

131 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General...* cit., p. 246.

132 Nesse sentido: KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omissión...* cit p. 290.

133 O exemplo é de Jorge de Figueiredo Dias. *Direito Penal, parte geral...* cit., p. 70

134 Os exemplos são de Muñoz Conde: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁ Mercedes. *Derecho penal. Parte General...* cit., p. 247.

135 DIAS, Jorge de Figueiredo.*Direito Penal, parte geral...* cit., p. 711. No mesmo

sentido, detalhadamente: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thoma *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 673 ss.

136 Esse é o posicionamento que à raiz da construção de Roxin tem boa aceitação na doutrina alemã. Veja--se, a respeito, por todos: DIAS, Jorge de Figueiredo *Direito Penal, parte geral*... cit., p. 696.

137 Cf. ROXIN, Claus. "Causalidad y posición de garante en los delitos de omisió impropia" *in* GARCÍA VALDÉS, Carlos; CUERDA RIEZU, Antoni MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Raf MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle (coords.) *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Madrid: Edisofer, 2008. p. 1.555.

138 Posição similar é adotada por ZINI, Júlio César Faria. *Os crimes omissivos*... cit p. 283.

139 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed., cit., p. 614.

140 Idem, p. 614-615.

141 Idem, p. 614-615.

142 Cf. Idem, p. 614-615.

143 VIVES ANTÓN, Tomás S.; CUERDA ARNAU, María Luísa y GÓRRIZ RO Elena. *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 113 e ss.

144 A obra referida por Vives é o clássico BELING, Ernst. *Die Lehre von Verbreche* Tübingen: J.C.B. Mohr- Paul Siebeck, 1906.

145 VIVES ANTÓN, Tomás S.; CUERDA ARNAU, María Luísa y GÓRRIZ RO Elena. *Acción significativa, comisión por omisión*... cit., pp. 113 e ss.

146 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed., cit., p. 600.

147 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*... cit., p. 237.

148 O exemplo está em Fernando Galvão. *Direito Penal – Parte Geral*... cit., p. 239.

149 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. *Parte Geral*. 9. ed. Sã Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 239.

150 O exemplo é de Bitencourt e figura em Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito penal*. 9. ed. cit., p. 239.

151 BOCKELMANN, Paul; VOLK, Claus. *Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 169-170.

152 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 245-246.

153 Assim denominada, por exemplo, em Paul Bockelmann e Klaus Volk. *Direito Penal – Parte Geral...* cit., p. 173, expressão já utilizada anteriormente pelo próprio Armin Kaufmann.

154 Em sentido similar, veja-se: BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito Penal. Parte Geral...* cit., p. 173.

155 "A conduta precedente não precisa ter sido cometida com culpa". BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito Penal – Parte Geral...* cit., p. 173.

156 Nesse sentido, esclarecem Bockelmann e Volk: "O proprietário, o possuidor, o administrador, o gestor ou o vigia é responsável por repelir perigos que surjam em espaços fechados (apartamentos, veículos, empresas). Se o perigo que ameaça uma pessoa surgiu sem sua participação, mesmo assim ela deverá intervir com seu auxílio, se, em razão de sua posição, é a única a poder ajudar. O monopólio que ela detém fundamenta a obrigação de fazer uso das possibilidades que se oferecem para proteção da pessoa ameaçada." BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito Penal – Parte Geral...* cit., p. 172.

157 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, parte geral...* cit., p. 710.

158 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos...* cit., p. 213 ss.

159 É o que Roxin denomina *função de garantia do tipo*. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General...* cit., p. 277.

160 Nesse sentido: LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987. p. 13-14. O autor refere que o primeiro autor a utilizar a expressão nesse sentido foi Ernst Ferdinand Klein, em 1796, na obra *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussichen peinlichen Rechts*, p. 69 e 54-55.

161 Cf. LUISI, Luiz. *O tipo penal...* cit., p. 14. Utilizaram o termo, nesse sentido, entre outros, Stübel, Berner, Luden, Kasper, Shcarper e Merkel.

162 BELING, Ernst. *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo...*, cit., p

73.

163 LUISI, Luiz. *O tipo penal*... cit., p. 15.

164 A informação detalhada aparece em Juan Bustos Ramírez. *Manual de Derecho penal*... cit., p. 160-161, quem comenta que a proposta de Fischer foi transportada para o Direito penal por August Hegler, na obra *Die Merkaale des Verbrechens* (As características do delito), em 1914, e aprofundada posteriormente em seu trabalho *Subjektive Rhctswidrigkeitsmomente im Rahmen del allgemeinen Verbrechensbegriffs* (Momentos subjetivos da antijuridicidade dentro do marco do conceito geral de delito), de 1930.

165 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. t. I, p. 346-347 No Brasil, veja-se: LUISI, Luiz. *O tipo penal*... cit., p. 16.

166 Cf. LUISI, Luiz. *O tipo penal*... cit., p. 16.

167 A informação é detalhada em Edmund Mezger. *Tratado de Derecho Penal*... cit., I, p. 347. Para uma análise resumida sobre os delitos classificados como de tendência interna transcendente, veja-se Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal. Parte Geral*.... cit., p. 165-167. Para uma visão detalhada do tema, recomenda-se Sergio Politoff Lifschitz. *Los elementos subjetivos del tipo legal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2008. p. 103 ss.

168 Segundo Mezger (MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*... cit., t. I, p. 348), Mayer desenvolveu seu trabalho sem aparente ciência a respeito da exploração do tema por Hegler.

169 Confira-se, detalhadamente, na tradução da obra original publicada como: MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. de Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007. p. 231 ss.

170 Max Ernst Mayer. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 113-114, onde ele sustenta serem igualmente *elementos que compõem o tipo* dados meramente descritivos, como outros que exigem uma *determinação modal*.

171 Para Mezger, o "tipo é o próprio portador da desvaloração jurídico-penal que o injusto supõe", e, portanto, "é fundamento real e de validade (*ratio essendi*) da antijuridicidade". MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*... cit., t. I, p. 365 e p. 376.

172 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*... cit., t. I, p. 357.

173 O exemplo é de Mezger e aparece em. *Tratado de Derecho Penal...* cit., t. I, p. 3

174 Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal...* cit., t. I, p. 358. O exemplo de Juarez Cirino dos Santos: SANTOS, Juarez Cirino dos*Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 167.

175 MEZGER, Edmund.*Tratado de Derecho Penal...* cit., t. I, p. 388 ss. Também crítico sobre a postura de Beling a respeito do isolamento do tipo em face de elementos normativos e subjetivos, em língua latina, veja-se Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho penal.* 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1965. t. III, p 756. Também resultam interessantes os comentários de Sérgio Politoff Lifschitz. *Los elementos subjetivos del tipo legal...* cit., p. 23 ss.

176 O qual conta com a excelente tradução para o espanhol realizada por Sebastián Soler, publicada como: BELING, Ernst Von.*La doctrina del delito-tipo.* Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

177 BELING, Ernst von. *La doctrina del delito tipo...* cit., p. 276-277.

178 O exemplo aparece em, Ernst von Beling. *La doctrina del delito tipo...* cit., p. 27

179 BELING, Ernst von. *La doctrina del delito tipo...* cit., p. 278.

180 Para maiores detalhes a respeito, veja-se o comentário de Luiz Luisi.*O tipo penal...* cit., p. 25-28.

181 Luiz Luisi (LUISI, Luiz. *O tipo penal...* cit., p. 28, nota 29) noticia que "no mundo germânico, apenas o penalista austríaco Theodor Rittler se posicionou de acordo com a concepção objetiva de E. Beling". O autor menciona ainda a simpatia de Jiménez de Asúa pelas construções de Beling.

182 Confira-se em Heleno Cláudio Fragoso.*Conduta Punível.* São Paulo: José Bushatsky, 1961. p. 199-201.

183 Segundo Zaffaroni, o autor apresentava já os primeiros esboços de sua teoria do tipo complexo em 1929 em seu *Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechts* e, em 1935, na obra *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*. Confira-se comentário no estudo prévio à tradução da obra de Von Weber titulada: WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos de Derecho penal.* Trad. de Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. XIV-XV.

184 Veja-se, especialmente, a distinção entre os *verbos causais* e os *verbos teleológicos*, enquanto núcleos do tipo, em Hellmuth von Weber. *Lineamientos*

de Derecho penal... cit., p. 56-57.

185 Para von Weber, "a determinação da autoria em verbos finais, depende da vontad do atuante". WEBER, Hellmuth von.*Lineamientos de Derecho penal....* cit., p. 57.

186 DOHNA, Alexander Graf Zu.*La Ilicitud* – La estructura de la teoría del delito. Trad. de Carlos Fontán Ballestra. Buenos Aires: Librería el Foro, 2006. p. 151 Trata-se da obra de Dohna sobre a estrutura da teoria do delito, originalmente publicada em março de 1936, que teve a tradução para o espanhol recentemente republicada acrescendo o conhecido trabalho titulado *Die Rechtswidrigkeit*.

187 DOHNA, Alexander Graf Zu.*La Ilicitud* – La estructura de la teoría del delito... cit., p. 152.

188 O próprio Welzel menciona a importância das teorias de base que assumiu ao construir a teoria finalista da ação, quando efetua sua última revisão, na obra que chamou de *Das Neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre* (O Novo sistema jurídico penal. Uma introdução à teoria finalista da ação). Ali, o autor faz expressa referência a suas fontes, afirmando: "Não teria, sem dúvida alguma, nenhum motivo para me envergonhar se a origem de minha doutrina estivesse na filosofia de Nicolai Hartmann – se isso fosse correto. Mas esse não é o caso. As sugestões para a formulação da teoria finalista da ação não procedem de N. Hartmann, mas da Psicologia do Pensamento, e a primeira delas, da obra Grundlagen der Denkpsycologie (*Fundamentos da Psicologia do Pensamento*), do recém-falecido filósofo Richard Honigswald. Recebi também outras sugestões dos trabalhos dos psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Eric Jaench, Wilhelm Peters e dos fenomenólogos P. F. Linke e Alexander Pfänder, entre outros. Todos esses trabalhos, que apareceram entre 1920 e 1930, promoveram uma ruptura com a antiga psicologia mecanicista, de elementos e associações, e evidenciaram uma forma de realização dos atos anímicos que não era causal-mecânica. Em meu primeiro artigo denominei essa forma de realização intencional dos fins e a segui a partir da ação interna, dos atos do pensamento, que haviam sido destacados pelos trabalhos daqueles autores, até os atos voluntários e a realização da vontade (por conseguinte, até a ação externa. N. Hartmann não exerceu nenhuma influência nos autores mencionados e em seus trabalhos [...]". Cf. WELZEL Hans. *O novo sistema jurídico penal. Uma introdução à doutrina da ação*

finalista. Trad. de Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 11-12.

189 Conforme comenta Luiz Luisi, "para Hans Welzel, as categorias não são apenas d ser cognoscente, mas são as mesmas, e concomitantemente, da realidade objetiva". LUISI, Luiz. *O tipo penal...* cit., p. 38.

190 Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán.* 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 39, e WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal...* cit., p. 27.

191 WELZEL, Hans.*Derecho penal alemán.* 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 75-77.

192 WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán...* cit., p. 74-75.

193 Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán...* cit., p. 66-69.

194 Para detalhes sobre essa artificialidade, veja-se: MUÑOZ CONDE, Francisco *Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo.* Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

195 A obra conta com tradição em português publicada como: ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

196 Veja-se: LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiv Zurechnung.* Reimp. de 1927. Leipzig: Aalen Scientia, 1970. Trata-se da tese de doutoramento de Larenz, quem baseia sua teoria da imputação nas teses de Hegel, para quem um fato somente poderia ser imputado a um evento naturalístico realizado por determinado autor.

197 Veja-se: HÖNIG, Richard. Kausalität und objektive Zurechnung.*Festgabe für Reinhard von Frank zum 70 Geburtstag. Beiträge zur Strafrechtwissenschaft.* Tübingen: J. C. B. Mohr, 1930. v. 1. Há edição espanhola do texto, traduzida e compilada por Sancinetti como HONIG, Richard. "Causalidad e imputación objetiva" *in* [SANCINETTI, Marcelo A. - Comp.]*Causalidad, riesgo e imputación*. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, pp. 105 e ss.

198 Confira-se em: ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-penal...* cit. p. 16.

199 Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-penal...* cit.

p. 38.

200 Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General...* cit., p. 265.

201 ROXIN, Claus. *Derecho penal, Parte General...* cit., p. 277-278.

202 Em sentido contrário, defendendo a dimensão axiológica do sistema welzeliano a partir da adequação social, veja-se o prólogo oferecido por Luiz Gracia Martín à obra: RUEDA MARTÍN, María Ángeles*La teoría de la imputación objetiva del resultado...* cit., especialmente p. 24-26.

203 JAKOBS, Günther.*Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 45.

204 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* cit., p. 190-191.

205 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* cit., p. 204-205.

206 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* cit., p. 55 ss.

207 Veja-se comentário crítico em: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicida penal e sociedade do risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 240.

208 A obra também está disponibilizada em uma tradução para o espanhol: FRISCH Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado.* Madrid: Marcial Pons, 2004.

209 Cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado...* cit p. 47-51.

210 Cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado...* cit p. 94-95 e 539 ss.

211 FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado...* cit., p. 95 ss.

212 O autor é consciente do risco da criação de uma *supercategoria* da imputação, conforme ele expressamente admite. Cf. FRISCH, Wolfgang.*Comportamiento típico e imputación del resultado...* cit., p. 37.

213 Veja-se, como exemplo, no Brasil, o Manual de Luiz Flávio Gomes, para quem a carga material de desvalor encontra-se no tipo, o qual incorpora ainda a dimensão conglobante, criada por Zaffaroni, conduzindo a uma invasão quase completa da antijuridicidade e assumindo, por último, a ideia de Damásio de Jesus de que a culpabilidade não faz parte da teoria do crime, reduzindo-se,

portanto, a carga da imputação a uma demonstração apenas de tipicidade. Cf. GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

214 Art. 14. Diz-se o crime: I – [...]; II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

215 Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

216 Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

217 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos*... cit., p. 272.

218 Veja-se, a respeito especificamente desta última questão, as observações de Roxin sobre aspectos subjetivos que, de algum modo, interferem na afirmação de tipo objetivo nos casos de colocação em perigo de terceiro consentida, onde o que sabe (conhecimento) o autor e a vítima é um dos aspectos a serem considerados para efeitos de determinação da responsabilidade. Mesmo sendo esse um dos critérios que Roxin utiliza para afirmar tipo objetivo, é muito difícil deixar de reconhecer que o conhecimento do autor é um fator preponderante na determinação do tipo subjetivo. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 393 ss. Para a crítica desta postura desde um ponto de vista da confusão entre elemento objetivo e subjetivo do tipo, veja-se: BUSATO, Paulo César. *Fatos e Mitos sobre a imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 163-164.

219 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito*. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 32-33.

220 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação de T. S. Vives*... cit., p. 33.

221 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 226.

222 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 226.

223 Para Luiz Flávio Gomes, a questão da aflição do bem jurídico refere-se à

tipicidade material. A respeito, veja-se: GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito Penal...* cit., p. 261.

224 Confira-se em: SCHÜNEMANN, Bernd. ¡El Derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos! *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal.* Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007. p. 271-272.

225 Essa explicação aparece mais detalhada em Bernd Schünemann. ¡El Derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos!... cit., p. 271-272.

226 Veja-se, a respeito: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 129 ss.

227 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto...* cit., p. 129-130.

228 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto...* cit., p. 131-133.

229 Item 12: Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e consequentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pôs-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar o ato ou abster-se de fazê-lo.

230 Refiro-me à concepção de Laplace, no sentido da existência de um conjunto de leis científicas que permitem prever todas as ocorrências no universo. Vide, a respeito, especialmente, na obra de Laplace, a *Théorie analytique des probabilités*, onde, como o próprio nome sugere, abordam-se aspectos da ciência probabilística.

231 Max Planck propôs, já em 1900, “que a luz, os raios X e outras ondas não pudessem ser emitidos a uma razão arbitrária, mas apenas em determinadas quantidades, que chamou de quanta” (HAWKING, Stephen. *Uma Breve história do tempo.* Trad. de Maria Helena Torres, Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p. 86), e com isso determinou a finitude da dimensão de perda de energia de um corpo, formando as

bases da física quântica, com graves influências na questão do determinismo.

232 HAWKING, Stephen. *Uma Breve história do tempo*... cit., p. 86-87.

233 "Esta abordagem levou Heisenberg, Erwin Schrödinger e Paul Dirac, na década d vinte, a reformular a mecânica através de uma nova teoria chamada mecânica quântica, baseada no princípio da incerteza. Segundo ela, as partículas não teriam posições e velocidades separadas e bem definidas que não pudessem ser observadas. Em vez disso, apresentam-se em estado quântico, que é a combinação de posição e velocidade." Brevemente em Stephen Hawking. *Uma Breve história do tempo*... cit., p. 88. Para maiores detalhes sobre o princípio de indeterminação e sua influência nas concepções filosóficas, veja-se, do próprio Heisenberg: HEISENBERG, Werner *Quantentheorie und Philosophie*, Stuttgart: Reclam, 1979, especialmente p. 63-64.

234 HAWKING, Stephen. *Uma Breve história do tempo*... cit., p. 87-88.

235 FERRAJOLI, Luigi *Derecho y razón.* 4. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2000. p. 532.

236 FERRAJOLI, Luigi *Derecho y razón*... cit., p. 532. No mesmo sentido as observações de Roxin: "Como é sabido, a causalidade é um tema muito discutido nas ciências naturais e na filosofia. A física quântica, que se ocupa da compreensão dos fenômenos de ondas e partículas do campo atômico, chegou (apoiando-se nas investigações de Heisenberg) à conclusão, admitida hoje de modo dominante, de que processos que ocorrem dentro dos átomos não estão causalmente determinados, mas obedecem leis estatísticas, que só permitem previsões de probabilidade. Além disso, a teoria da relatividade demonstrou que a ideia de uma sucessão causal de acontecimentos no tempo só faz sentido em dimensões bastante limitadas." ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 346.

237 Para detalhes, resulta interessante e ilustrativa a leitura do livro de Daniel Kahnemann, Prêmio Nobel de Economia, KAHNEMANN, Daniel *Rápido e devagar. Duas formas de pensar.* Trad. de Cássio Arantes Leite, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 147, onde o autor refere que "Somos ávidos por padrões, temos fé em um mundo coerente, em que as regularidades [...] não aparecem por acidente, mas como resultado de uma causalidade mecânica ou da intenção de alguém. Não esperamos ver a regularidade produzida por um processo aleatório,

e quando detectamos o que parece ser uma regra, rapidamente rejeitamos a ideia de que o processo seja verdadeiramente aleatório" e, mais adiante, na p. 231: "[...]nossa mente é fortemente propensa a explicações causais e não lida bem com "meras estatísticas". Quando nossa atenção é exigida por algum evento, a memória associativa procura sua causa — mais precisamente, a ativação vai se propagar automaticamente para qualquer causa que já esteja armazenada na memória. Explicações causais serão evocadas quando a regressão é detectada, mas estarão erradas [...]".

238 Cf. Juarez Cirino dos Santos: "O conceito de*causalidade* encontra-se em crise desde que a física *quântica* demonstrou que a emissão de *elétrons*, no interior da estrutura atômica, não é determinada por leis causais, mas por leis estatísticas de natureza probabilística, pondo em cheque não apenas o conhecimento científico anterior sobre relações de *causa* e *efeito* dos fenômenos naturais – definidas como categorias do *ser* – mas também a concepção filosófica kantiana, segundo a qual toda causalidade, como *pressuposto de toda experiência*, não seria mera determinação empírica do *ser*, mas categoria *apriorística* do pensamento." SANTOS, Juarez Cirino dos.*A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 2000. p. 49.

239 Conforme esclarece Fábio D'Ávila, "a teoria da causalidade de GLASER elaborada no século passado para o Direito austríaco, foi profundamente influenciada pela evolução da física mecânica de NEWTON, tendo, por fim, se sedimentado na Teoria Causal da Ação, com a qual possuía absoluta consonância. Tal constatação é evidência lógica, quando, no século XIX, a causalidade opera como base do saber científico e a premissa causa-efeito é apreendida como dogma paradigmático: a um antecedente teria que suceder um consequente. No entanto, a partir da formulação do Princípio da Indeterminação do Átomo por HEISENBERG, Prêmio Nobel de Física Nuclear em 1930, a causalidade física acabou profundamente descaracterizada". D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e Teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 34-35.

240 Conforme comenta Fernando Galvão, "importa ao sistema repressivo resolver se existe ligação entre a conduta humana e o resultado lesivo, de modo a justificar a imputação do resultado ao autor da conduta. A responsabilidade criminal depende dessa imputação, e o reconhecimento da causalidade jurídico-penal visa identificar em determinada conduta a possibilidade de responsabilizar seu autor

pela produção do resultado ilícito". GALVÃO, Fernando.*Imputação Objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 37.

241 Para um resumo sobre as principais teorias, vide: BITENCOURT, Cezar Roberto PRADO, Régis.*Elementos de Direito penal, Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 1, p. 74-75, ou BITENCOURT, Cezar Roberto.*Tratado de Direito penal*... cit., 9. ed., p. 227, nota 4.

242 "Essa teoria [da equivalência dos antecedentes] encontra-se na mais estreita conexão histórico-espiritual com a direção naturalista de pensamento que caracteriza o século XIX, e que encontra sua expressão mais consequente na filosofia empírica do pensador inglês Johan Stuart Mill". MEZGER, Edmund *Tratado de Derecho Penal*... cit., t. I, p. 207. No Brasil, vide José Henrique Pierangeli. Nexo de Causalidade e Imputação Objetiva, em*Direito Criminal, coleção Jus Aeternum*, nº 4, Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 90. De acordo com a proposta de Stuart Mill, é causa de um resultado toda condição negativa ou positiva que intervém na produção de um resultado. Em sentido contrário, entendendo que a autoria da teoria deve ser atribuída diretamente a Glaser, vide: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 210.

243 GLASER, Julius.*Abhandlungen aus dem* österreischischen *Strafrecht*. Leipzig, 1858. Reimp. Aalen: Scientia Verlag, 1978. v. I, p. 298.

244 Especificamente em Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, de 1860, e em Über Causalität und deren Verantwortung, de 1873, e Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, de 1885. A referência consta de Claus Roxin. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 349, nota 12.

245 A tese aparece em Johan Carl Wilhelm Thyrén. Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien. *Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie I*. 1894. Primeiro volume de uma incursão na filosofia do Direito penal, completado pelo segundo volume, dois anos mais tarde, com o título de *Dolus und Culpa*.

246 "Da relação causal cuida o art. 13, *caput*, do Código Penal, dispondo que 'o resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido'. Adotou, pois, o Código, embora de forma mitigada, uma vez que o § 1º do referido artigo a relativiza consideravelmente, a teoria da equivalência

dos antecedentes causais ou teoria da *conditio sine qua non* [...]". QUEIRÓZ Paulo. *Direito Penal. Parte Geral.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 159-160.

247 Comenta Fernando Galvão que "a teoria da *equivalência dos antecedentes* é verdadeiro corolário da sistematização causal-naturalista, de Beling e Liszt, que considera que a relação de causalidade não encerra nenhuma valoração jurídica. De inspiração autoritária, a opção de considerar qualquer contribuição para a produção do resultado como causa amplia o campo de intervenção repressiva, à medida que possibilita aumentar o leque de responsáveis. Vale notar que, no Brasil, a opção pela *teoria da equivalência dos antecedentes* se deu quando da formulação do Código Penal de 1940, ocasião em que vigorava regime autoritário de Getúlio Vargas e a legislação repressiva nacional recebia fortes influências da legislação italiana de Rocco". GALVÃO, Fernando. *Imputação Objetiva*... cit., p. 42. A crítica de Galvão é procedente, porém, é curioso notar que o autor não menciona o fato de que o Código Penal de 1984, finalista, manteve a mesma teoria da equivalência dos antecedentes como fundamento da relação de causalidade, em seu art. 13, nem que a perspectiva finalista é tão ontológica em sua fundamentação (teoria da ação) quanto o causal-naturalismo. Tampouco o autor faz qualquer referência ao fato de que a ênfase que o finalismo permitiu ao desvalor da ação permitia dar origem a uma teoria do delito que correspondia praticamente a um Direito penal da vontade, como tal, tão adequado quanto o causal naturalismo a efeito da formulação de um sistema de imputação próprio de um modelo autoritário de Estado. Convém referir que grandes luminares da ciência jurídica brasileira mantinham posicionamentos científicos proclives às escolhas político-criminais de governos brasileiros autoritários, como é o caso de Hungria, que não por acaso reconhecia a demasiada amplitude que a teoria da equivalência dos antecedentes oferecia à imputação, porém entendia que esta seria recortada *a posteriori*, no âmbito da culpabilidade. "A teoria em questão [da equivalência dos antecedentes] é a preferível dentre todas as formulações sobre a causalidade física, pois serve a uma solução simples e prática do problema. À pergunta – *quando a ação ou omissão é causa do resultado?* ela responde de modo preciso e categórico: a ação ou omissão é sempre causa quando, suprimida *in mente* ("processo de eliminação hipotética", na frase de Thyrén), o resultado *in concreto* não teria ocorrido. Mas a causalidade física não é, nem podia ser, o único pressuposto da punibilidade; acha-se esta, igualmente, subordinada à *culpabilidade* do agente."

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I, t. 1º, p. 63-64.

248 O próprio Welzel assume que "a *teoria das condições* parte acertadamente do conceito causal ontológico e estabelece uma fórmula "heurística" para a comprovação das relações causais e para excluir a falta de causalidade". WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*... cit., p. 51.

249 Esse posicionamento aparece, por exemplo, em Wessels, ao afirmar que "nos delitos de resultado, a existência da relação causal é o pressuposto mais importante, mas não o único da imputação do resultado [...] de consequência, cabe distinguir, dentro da realização do tipo, entre a questão empírica da causação do resultado e a imputação objetiva do resultado, que deve aferir-se normativamente". WESSELS, Johannes. *Derecho Penal. Parte General*.... cit., p. 52. Nem sempre o tema da causalidade foi corretamente interpretado a partir de suas bases filosóficas pela doutrina brasileira, consoante se pode observar, no caso específico dos comentários sobre Wessels, em José Henrique Pierangeli. Nexo de Causalidade... cit., p. 92, onde o autor é classificado como defensor da adoção da teoria da teoria de equivalência dos antecedentes causais em Direito penal. Ora, a crítica de Wessels à referida teoria é violenta, ao afirmar que 'esta fórmula, da *conditio sine qua non* tem seu ponto de partida na equivalência causal de todas as condições do resultado (*teoria da equivalência*). Mas é pouco útil se nossa experiência não nos põe em condições de responder à pergunta de se um fator determinado influiu na produção do resultado. [...] A fórmula da condição também apresenta debilidades quando várias condições produziram o resultado cooperando entre si, mas cada uma delas teria sido suficiente, por si só, para causar o resultado (a chamada causalidade dupla)." WESSELS, Johannes. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 53-54.

250 Segundo Elena Larrauri, "esta teoria, desenvolvida por Mezger, poderia ser considerada um *precedente* da moderna teoria da imputação objetiva, já que pela primeira vez distingue claramente os dois planos em que se desenvolve a discussão". BUSTOS RAMÍREZ, Juan; LARRAURI, Elena. *Imputación Objetiva*. Bogotá: Themis, 1998. p. 60.

251 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*... cit., t. I, p. 223.

252 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. 3. ed. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. t. II, p

222.

253 Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 363.

254 Segundo Elena Larrauri em: BUSTOS RAMÍREZ, Juan; LARRAURI, Ele Imputación Objetiva... cit., p. 61, nota 70, isso abriu passo à crítica de que o trabalho de Mezger era simplesmente a teoria da adequação com outra roupagem.

255 Veja-se: VON KRIES, Johannes. Über die Begriffe der Wahrcheinlichkeit un Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte. *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 9, Berlin: Walter de Gruyter, 1888. p. 528 ss.

256 Por exemplo: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derech Penal. Parte General*... cit., p. 229: "El problema causal en Derecho penal consiste, pues, en establecer, en los casos mas complicados, los criterios que deben utilizarse para determinar entre todos los factores que han causado un resultado, aquellos que pueden ser considerados relevantes desde el punto de vista jurídico y, por tanto, desde este punto de vista, adecuados para imputar ya en el plano objetivo u objetivable ese resultado a una persona. En ese sentido los criterios de previsibilidad objetivo y diligencia objetiva son demasiado vagos e imprecisos en orden a delimitar los procesos causales jurídicamente relevantes. Por eso las teorías de la causalidad, en sus distintas vertientes, se han venido completando en los últimos años con criterios normativos coincidentes en su mayor parte con los de la *teoría de la imputación objetiva*, elaborada en Alemania por Claus Roxin [...]."

257 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 359.

258 O exemplo aparece em Claus Roxin. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 360

259 Nesse sentido noticia José Henrique Pierangeli. Nexo de Causalidade... cit., p. 1(

260 HÖNIG, Richard. Kausalität und objektive Zurechnung... cit., p. 177. Há tradução para o espanhol publicada como: HONIG, Richard. Causalidad e imputación objetiva. *Causalidad, Riesgo e Imputación* Comp.: Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

261 Nesse sentido, entre outros, por exemplo: GALVÃO, Fernando. *Imputação Objetiva*... cit., p. 48.

262 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 126-127.

263 Nesse sentido, Claus Roxin. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 361-362,

quem inclusive comenta (p. 362, nota 54) que antes dele já ENGISCH, em 1931 em seu trabalho *Die Kausalität als Merkmal der strafrechlichen Tatbestände*, referia que "preferiria posicionar a adequação como elemento específico, ao lado da causalidade", demonstrando com isso que a adequação não pode ser confundida com a causalidade.

264 "Na verdade, a teoria da causalidade adequada não é uma concepção de causalidade, mas critério corretivo da teoria da equivalência que orienta a imputação objetiva." GALVÃO, Fernando. *Imputação Objetiva*... cit., p. 48.

265 GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Clau *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27.

266 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema criminal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 314.

267 Idem, p. 314.

268 Idem, p. 314.

269 Idem, p. 315.

270 Roxin refere que "não se pode caracterizar o ilícito penal através de categorias como a causalidade ou a finalidade. O ilícito nem sempre é realizado final ou causalmente, como provam os crimes omissivos. [...] tanto o injusto culposo, como o omissivo, na perspectiva de um sistema jurídico-penal funcionalista, são o resultado de uma imputação que se processa de acordo com critérios jurídicos. Os problemas da teoria causal e final da ação acima expostos perdem, de antemão, seu objeto". ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-crimina do Sistema Jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 35. Trad. de Luís Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2001, p. 15.

271 Da mesma opinião é Faria Costa, que ademais afirma, textualmente, que "a imputação objetiva não vem – digamo-lo desde já – nem de longe nem de perto, postergar ou remeter para o sótão das noções jurídico-penalmente inúteis, por exemplo, a noção de causalidade". COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 506.

272 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*... cit., p. 297-298.

273 Nesse sentido: ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação er

Direito penal. *Problemas fundamentais de Direito penal*... cit. p. 145-146.

274 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 228.

275 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 228.

276 Nesse sentido: DÍAZ PITA, María del Mar. ¿Qué queda de la causalidad? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 4, 2ª época, Jul. 1999, Madrid: UNED, p 523.

277 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 226.

278 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 349-350.

279 "Nesse sentido, ainda que se possam admitir como ponto de partida, os critérios de previsibilidade objetiva e diligência objetiva são demasiado vagos e imprecisos para determinar quais são os processos causais juridicamente relevantes. Por isso, as teorias da causalidade, em suas distintas vertentes, se vêm completando, nos últimos anos, com critérios normativos, coincidentes, em sua maior parte, com os da *teoria da imputação objetiva* elaborada na Alemanha por CLAUS ROXIN." MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 229.

280 Nesse sentido refere Muñoz Conde que "Hoje em dia existe unanimidade na Dogmática jurídico-penal na qual a verificação de um nexo causal entre ação e resultado não é suficiente para imputar esse resultado ao autor da ação. No processo de depuração e seleção dos fatores causais relevantes se impõe a utilização de critérios de caráter normativo extraídos da própria natureza do Direito penal que permitam, já no plano objetivo, delimitar a parte da causalidade juridicamente relevante." MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 229-230.

281 GALVÃO, Fernando. *Imputação Objetiva*... cit., p. 12.

282 Veja-se, a respeito do tema, com detalhes: BUSATO, Paulo César. *Fatos e Mitos sobre a imputação objetiva*... cit.

283 Veja-se: VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos*... cit., 1996, p. 130.

284 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; LARRAURI, Elena. *Imputación Objetiva*... cit., p. 12

285 "Os tipos legais surgem, primeiramente, porque há uma definição de bens jurídicos e uma função protetora do Estado a respeito deles. É dentro deste marco onde surgem os tipos, e por isso mesmo sempre que implicam a concreção de uma determinada situação que encerra um processo de interação entre sujeitos [...]. Todo processo de comunicação e de concreção do bem jurídico implica sempre em uma determinação de sentido e necessariamente um juízo valorativo." BUSTOS RAMÍREZ, Juan; LARRAURI, Elena. *Imputación Objetiva...* cit., p. 25.

286 Veja-se, a respeito: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

287 Para detalhes, veja-se: BUSATO, Paulo César. *Fatos e Mitos sobre a imputação objetiva...* cit.

288 Entendo não ser possível afirmar que a chamada "teoria da imputação objetiva" sequer possa receber a tratativa teórica de uma "teoria geral" e que sua serventia se reduz somente à afirmação da necessidade de acrescer elementos axiológicos à afirmação da imputação objetiva do resultado. Para detalhes, remeto a Paulo César Busato. *Fatos e Mitos sobre a imputação objetiva...* cit., especificamente p. 138 ss.

289 ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho penal. Parte General y Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 145.

290 ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho penal...* cit., p. 145.

291 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos...* cit., p. 309.

292 ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho penal...* cit., p. 149.

293 Por essa razão, apesar de adotar os dois primeiros critérios oferecidos por Roxin criação e realização do risco –, não incluo aqui, como critério válido, o que Roxin denomina "alcance do tipo". O "alcance do tipo" não pode ser, em si, um critério, mas sim uma prova. A prova de que cada tipo tem seu nível de risco permitido, sendo que esses riscos não podem ser simplesmente agregados sob um epíteto comum.

Capítulo 7

A DIMENSÃO MATERIAL DA PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA – PRETENSÃO DE OFENSIVIDADE

1 PRETENSÃO DE OFENSIVIDADE (TIPICIDADE OU ANTIJURIDICIDADE MATERIAL)

Não basta, para a relevância de um tipo de ação, sua correspondência descritiva a um modelo. É necessário, ainda, que a ação guarde uma dimensão material e não só conceitual de relevância.[1]

Isto é, para que se possa falar de um tipo de ação ou um tipo de omissão ou que a situação fática analisada é uma daquelas das quais deve ocupar-se o Direito penal, é necessário não só que haja uma correspondência descritiva entre o fato e a norma, mas também uma relevância, uma lesividade que justifique a intervenção do sistema criminal.

Somente assim é possível falar em tipo de ação. Isso deriva da própria concepção aqui assumida a respeito da norma. A norma pretende ser reconhecida como relevante. Para tanto, sua expressão deve contemplar, por um lado, uma pretensão *conceitual* de relevância e, por outro, uma pretensão de ofensividade que expressa um ataque intolerável a um bem jurídico essencial, pois esse é o nível de relevância exigido para que o Direito penal possa ocupar-se do caso.

Assim, a afirmação da pretensão de relevância se encontra vinculada à concorrência de um tipo de ação que possui uma dimensão, digamos, formal (pretensão conceitual de relevância ou tipicidade formal), e outra material (antijuridicidade ou tipicidade material – violação de um bem jurídico). É uma pretensão que tem por objeto afirmar que a ação realizada é uma das que interessam ao Direito penal.[2]

Importa destacar que ainda se está falando da primeira categoria do delito, ou

seja, do tipo de ação. A pretensão de ofensividade é uma dimensão material da pretensão de relevância, ou seja, faz parte do tipo de ação, dotando-o de conteúdo relativo ao bem jurídico. Dessa forma, a teoria que aqui se apresenta, por um lado, admite a necessidade de inclusão da discussão sobre o bem jurídico na teoria do delito, e oferece-lhe, ademais, um *locus* que é situado dentro da categoria de base sobre a qual se organiza o sistema: o tipo de ação.

A expressão de sentido de uma ação há de relacionar-se com um resultado desvalioso, estando ambos expressos em um tipo penal.

A pretensão de relevância (tipo de ação) se completa com a afirmação axiológica de um conteúdo de ofensividade que transcende o mero catálogo penal, mas que se expressa na relevância material da ação perpetrada. Essa pretensão, chamada por Vives Antón[3] de pretensão de ofensividade, tem lugar justamente porque o autor subscreve a ideia de que "relevantes para o Direito penal são somente as ações que lesionam ou põem em perigo bens juridicamente protegidos".

Em outras palavras, a conduta há de afligir o interesse protegido pela norma de modo suficiente a justificar a intervenção penal. É necessário que o tipo de ação de que se trata seja ofensivo o suficiente para determinar a necessidade de emprego do aparato punitivo.

Note-se que a postura aqui adotada ajusta-se aos modelos de teoria do delito que superaram a ideia de um tipo anódino, simplesmente correspondente à lógica silogística, para adotar uma dimensão material em que se exige a ofensa a um bem jurídico para a sua configuração, com o resultado integrado ao tipo de ação.[4]

Daí existir uma relação de dependência entre pretensão de ofensividade e o bem jurídico.

Não se desconhece a profunda discussão reinante na doutrina sobre o bem jurídico. Hoje em dia é nota distintiva do perfil de teoria do delito adotada a apresentação dos fundamentos que justificam materialmente o tipo (no caso, o tipo de ação ou omissão).

A partir daí, se a escolha recai – como é o caso – sobre o bem jurídico como critério de referência a respeito de tal dimensão material, é preciso definir como ele

se justifica, dada a imprecisão do seu conceito e a ausência de demonstração de efetividade do Direito penal para promover sua proteção.

Finalmente, ainda recaindo a escolha sobre o bem jurídico, é preciso posicionar-se a respeito da questão fundamental sobre o alcance de legitimação do tipo diante da referência aos bens jurídicos transindividuais.

Somente a partir da fixação dessas premissas é possível falar no cumprimento de algumas funções no âmbito da teoria do delito por parte da pretensão de ofensividade e explicar as classificações dos tipos no que tange à relação entre a conduta e o bem jurídico.

2 A EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO DE UMA DIMENSÃO MATER DO TIPO

O reconhecimento de que o tipo de ação comporta uma dimensão material remete diretamente à discussão sobre o bem jurídico, uma vez que essa é a expressão que faz denotar a existência de uma motivação sociopolítica para o estabelecimento de normas incriminadoras.

Segundo Schünemann,[5] é possível situar como *Big Bang* da discussão a respeito do tema do bem jurídico a afirmação da legitimação do Estado segundo a fórmula do contrato social, que encontraria especialmente em Beccaria consequências decisivas para o Direito penal, entre elas a tratativa como tirania inaceitável, todo emprego do Direito penal aplicado com pretensão de impor formas de vida e não prevenir danos sociais.

Esse "dano social" seria reconhecido, mais tarde, em Feuerbach,[6] como *bem jurídico*, ainda que não fosse descrito com esse nome.

Embora o bem jurídico já fosse objeto de discussão jurídico-penal nos primeiros modelos de construção de teoria do delito, de corte causal-naturalista,[7] ele não traduzia nenhum instrumento de recorte ou delimitação do tipo,[8] quando muito, sendo empregado como fórmula de limitação ao Direito penal em geral, como aparece em Birnbaum[9] e Von Liszt.[10]

Como é sabido, a teoria do tipo desenvolvida por Beling traduzia uma fórmula

de subsunção de caráter meramente formal[11].

No *neokantismo*, onde se consagra o chamado *tipo de injusto*, procura-se dar conteúdo material às incriminações através do direcionamento teleológico dos tipos chegando-se à uma *antijuridicidade material* que era representada precisamente pela inclusão do bem jurídico na construção de um injusto típico. Destaca-se, nesse cenário a posição de Mezger, para quem "o conteúdo material do injusto da ação típica e antijurídica é a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico"[12] e, nesta ordem de ideias, o bem jurídico, por primeira vez, aparece como diretriz de interpretação do injusto[13].

Welzel, dentro da construção finalista, ao propor a adição de um recorte da imputação com sua fórmula de adequação social, foi quem, pela primeira vez, trouxe, ainda que de modo impreciso, pois que pairando sem lugar específico na estrutura de teoria do delito, um perfil material à imputação relacionando a estrutura punitiva ao objeto afligido pela conduta delitiva.[14] Para Welzel, os tipos penais deveriam representar "formas de conduta que se apartam gravemente das ordens históricas da vida social".[15]

O raciocínio de Welzel era de que se o tipo é um tipo de injusto, ou seja, se indica descritivamente a prática de um injusto penal, não pode, obviamente, descrever uma ação que seja considerada socialmente adequada.

É preciso lembrar, porém, que Welzel propunha um modelo finalista que ele entendia ser simultaneamente a superação do positivismo científico causal-naturalista e do neokantismo, por ele próprio acusado de ser uma mera extensão do primeiro.[16]

Entretanto, já então, justamente por influência da filosofia neokantiana dos valores, a própria doutrina da ação – que era o foco de atenção e crítica do desenvolvimento dogmático de Welzel – apresentava uma alternativa assaz interessante com a chamada teoria social da ação que, se não gozava de uniformidade suficiente para firmar-se teoricamente,[17] ao menos produzia um recorte da ação segundo critérios de relevância, o que promovia a exclusão da imputação das ações cotidianamente aceitas no seu respectivo contexto histórico-social.

Embora de modo não explícito, ao adotar o recorte representado pela adequação

social, Welzel certamente fez uma concessão à teoria social da ação. Isso há de ser reconhecido, pois, conquanto não pudesse adotar um aspecto valorativo no que tange ao próprio conceito de ação, já que a ação finalista era ontológica, Welzel certamente percebeu o ganho de rendimento que a ideia de *relevância social* oferecia para a teoria do delito, ao reduzir o âmbito de intervenção.[18] Assim, em um primeiro momento, reconheceu que as condutas socialmente adequadas, ainda que silogisticamente fossem adequadas à previsão legal, não poderiam representar um tipo penal.

No entanto, Welzel não afirmava categoricamente uma divisão entre o aspecto formal e outro material do tipo, como aqui se preconiza. A adequação social, em sua construção, figurou como um espectro pairando sobre toda a teoria do delito, a ponto de, com a evolução de suas sucessivas construções, surgir posteriormente como recorte da antijuridicidade, como causa de justificação de direito consuetudinário, voltando, mais tarde, novamente ao campo da tipicidade.[19]

Em virtude dessa imprecisão, a doutrina culminou por disseminar distintas abordagens do critério de *adequação social*, ora como excludente de tipicidade, ora como excludente de antijuridicidade, e até mesmo como princípio geral de exclusão do interesse jurídico-penal,[20] confusão essa fomentada e admitida como tal pelo próprio Welzel.[21]

De qualquer modo, o certo é que essa construção congregava basicamente a exclusão de dois grupos de casos: aquelas situações em que a atuação, embora correspondendo formalmente a um tipo, não significava a criação de um risco não permitido, como por exemplo as lesões corporais derivadas de ações realizadas nos limites do dever de cuidado ou do risco permitido para a circulação de veículos,[22] as lesões e mortes provocadas pelo funcionamento regular dos trens, das minas, das fábricas,[23] e os casos em que uma ofensa ao bem jurídico não era grave o suficiente para justificar a intervenção jurídico-penal, como não considerar corrupção a entrega de um pequeno presente de natal ao carteiro que atendeu regularmente a entrega de correspondências em uma residência durante todo o ano.[24]

A imprecisão dos critérios de *adequação social* levou os penalistas ao

reconhecimento de que ela não poderia ser um elemento do tipo, mas sim um princípio relativo à sua interpretação. Isso, somado ao fato de que os grupos de casos por ela abrangidos eram claramente identificados, fizeram com que ela fosse superada, nos modelos funcionalistas de corte teleológico,[25] pelos critérios de imputação objetiva e pela aplicação do princípio de intervenção mínima.

Daí a crítica de Roxin,[26] no sentido de que o termo *adequação social* buscava representar um recorte da teoria do delito intrinsecamente correto, porque visava eliminar do tipo condutas que não correspondiam efetivamente a um injusto; entretanto, diante da existência de critérios muito mais precisos, especificamente os desenvolvidos em torno da criação e realização do risco para bens jurídicos, perdeu completamente sua relevância teórica.

Na fórmula adotada por esse trabalho, o tipo de ação – primeiro elemento de composição do conceito de delito – representa a pretensão de relevância da norma em face da ação ou omissão perpetrada pelo agente e é composta por duas dimensões: uma formal, correspondendo à pretensão conceitual de relevância, e outra material, correspondendo à pretensão de ofensividade.

Na primeira pretensão, o conceito deve corresponder silogisticamente à ação ou omissão, sendo certo que essa é uma dimensão de sentido e, portanto, tem corte axiológico. Sendo assim, o tipo apresenta, em sua descrição conceitual, elementos objetivo-descritivos (objetos materiais, *v. g., coisa, alguém, veículo* etc., condutas expressas em verbos, tais como *matar, subtrair, obter* etc.), subjetivos específicos (objetivos especiais de atuar, por exemplo, *para si ou para outrem*) e normativos (dependentes de juízos de valor, como por exemplo, *alheia, documento* etc.), a par de, certamente, incluir uma dimensão de imputação correspondente à criação e realização de um risco não permitido a um bem jurídico.

Na segunda pretensão, o tipo deve representar certo nível de ofensividade. Já não se trata apenas da correspondência formal e da criação e realização de um risco não permitido, mas sim de uma avaliação de suficiência, necessidade e proporcionalidade, baseada no princípio de intervenção mínima e suas implicações no que tange à situação do Direito penal no conjunto de mecanismos de controle

social de que dispõe o Estado.[27] Nesse sentido, somente se admite presente uma pretensão de ofensividade normativa diante da existência de um ataque grave a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento social da vítima. Ou seja, existirá materialmente o tipo de ação quando houver uma aflição grave o suficiente para justificar a intervenção jurídico-penal. Somente pode ser um bem jurídico-penal, no sentido do merecimento da intervenção jurídica do sistema criminal, aquele que componha o acervo do que é essencial para o desenvolvimento social dos seres humanos.

Outrossim, essa conclusão remete a outro problema: o bem jurídico é produto de uma criação normativa ou existe por si só, constituindo objeto de mero reconhecimento legislativo?

3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO--PENAL E SUA RELAÇÃO COM A NORMA PENAL. IMANENTISMO OU TRANSCENDENTALISMO?

Uma questão, um tanto tautológica, que sempre rondou a evolução da discussão em torno do bem jurídico-penal, foi se a existência dos bens jurídicos é algo que precede a construção jurídica, de modo que estes preexistem à norma e somente são reconhecidos por essa como essenciais ao desenvolvimento humano,[28] ou se estes são reconhecidos como tais apenas e tão somente por força de seu envolvimento com a norma posta. A discussão toca naturalmente à essência do Direito penal, porquanto se trata de reconhecer se há *mala in se* ou tão somente *mala prohibita*, ou seja, o crime é reconhecido pela norma ou a norma cria o crime.[29]

Foram muitas as concepções abordadas para tratar de definir o que se entende por bem jurídico; entretanto, todas essas *tendências podem ser classificadas em duas*: aquelas tendências que encontram sua posição além do Direito positivo (*transcendentalistas*), de corte *jus* naturalista ou político-criminal, nas quais o bem jurídico pode ser encontrado no Direito natural ou na natureza das coisas, ou ainda na vida social ou cultural. Por outro lado, existem as que situam o bem jurídico dentro do sistema jurídico, imanente à própria norma jurídica (*imanentistas*), quer dizer, os que

sustentam que o bem jurídico não tem existência própria antes da norma, mas sim, nasce com ela.[30] As tendências foram se sucedendo sempre voltadas a uma ou outra perspectiva.

A ideia do bem jurídico nasceu na primeira metade do século XIX.[31] Para os penalistas desse período, o Direito penal defendia direitos. O delito era a "lesão de um Direito". Essas ideias partiam do contrato social, do qual surgia um direito a ser respeitado e um dever de respeitar, pelo qual o delito era uma lesão desse direito a ser respeitado e um dever de respeitar que, em síntese, era a liberdade, como direito resumido surgido do contrato social.[32]

O principal representante do período foi Feuerbach,[33] quem sustentava que o Direito penal protegia os "direitos subjetivos" dos particulares e não a necessidade de cumprimento de um dever para com o Estado.

Foi Birnbaum[34] quem rechaçou a tese de que o delito é a lesão de um Direito, pois o Direito não pode ser diminuído nem subtraído, isso pode suceder somente com o que é objeto de um direito, isto é, *um bem que juridicamente nos pertence* e que nasce da própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social. Se a pretensão é considerar o delito uma lesão, esse não deve estar referido a direitos, mas sim a bens que pertencem aos cidadãos e que o Estado é chamado a proteger, pois somente estes podem sofrer lesão, e não os direitos.

Com essa posição, Birnbaum situava os bens jurídicos para além do Direito e do Estado. O Estado não os pode criar e somente os pode garantir a todos por igual.[35]

Posteriormente, e desde uma perspectiva jurídico-positiva,[36] Binding[37] propôs que o bem jurídico não podia estabelecer-se para além do Direito e do Estado. Binding parte de entender o delito como infração culpável de uma norma ameaçada com uma pena. Então, *o bem jurídico ficava estabelecido e não reconhecido dentro do conteúdo da norma jurídica:* o bem jurídico é "tudo aquilo que, embora por si não constitua um direito, aos olhos do legislador se reveste de certo valor como pressuposto de uma vida sadia na comunidade jurídica, por cuja preservação e funcionamento imperturbado ele manifesta certo interesse".[38] Norma e bem jurídico são termos inseparáveis, ou seja, toda norma tem um bem jurídico que é um produto

da decisão política do Estado. Portanto, sua lesão constitui uma *infração ao direito subjetivo de obediência*, que o Estado exige a seus súditos.

Para Binding,[39] o importante é a norma e sua desobediência (teoria da desobediência). Essa desobediência constitui a lesão jurídica de um Direito subjetivo do Estado e isso implica, também, na lesão de um bem jurídico que cada norma em concreto tem.

Seu contraponto era Von Liszt, para quem "todos os bens jurídicos são *interesses vitais, interesses do indivíduo ou da comunidade*".[40] Na concepção de Von Liszt, os interesses ultrapassam o ordenamento jurídico e se situam na própria vida. O que faz o Direito é oferecer-lhes proteção por intermédio de suas normas, elevando-os, dessa maneira, à categoria de bens jurídicos. Para a devida identificação e localização dos bens jurídicos é necessário recorrer à Política Criminal, pois o Direito não lhes pode determinar nem fundamentar.[41]

A posição de Von Liszt, por si só, marcava una tendência limitadora, ao estabelecer que os bens jurídicos se encontram além do ordenamento jurídico. Entretanto, ele não desenvolveu em seu programa essa função limitadora do poder do Estado e tampouco promoveu o desenvolvimento dos conceitos de "interesses vitais" ou "condições de vida" como elementos característicos da dogmática jurídico penal.

Ante as concepções nebulosas, incapazes de assegurar um conceito material de bem jurídico que limitem o legislador na criação das normas, surgiu com o neokantismo a posição que destaca a *natureza teleológica do bem jurídico*.

A filosofia neokantiana propôs afirmar as bases do bem jurídico em concordância com a "*ratio legis*" das normas penais.

Nesse momento surgiu a proposição de Richard Honig, para quem o bem jurídico era um critério de interpretação. Ele defendia que o bem jurídico "é o **fim reconhecido pelo legislador nos preceitos penais individuais** em sua fórmula mais sucinta",[42] ou ainda "como uma síntese categorial com a qual o pensamento jurídico se esforça em captar o sentido e o fim das prescrições penais particulares".

Essa concepção despoja o bem jurídico do núcleo material do injusto, constituindo só um princípio metodológico para a interpretação dos tipos penais.

Em resumo, o bem jurídico passa a ser uma verdadeira categoria interpretativa, *ratio legis*[43] dos preceitos particulares.

Uma segunda postura, desenvolvida pela Escola de Kiel (que culminou por dar sustentação teórica ao regime nacional-socialista na Alemanha dos anos 30), reconhecia a *lesão do dever* como conteúdo material do injusto.

Para George Dahm e Friedrich Schaffstein,[44] a essência do que deveria ser objeto de atenção do sistema criminal era o povo, entendido como totalidade real: sangue, solo, gerações passadas, presentes e futuras. Por isso, não se podia separar "*realidade e valor*", como faziam os liberais, positivistas e neokantianos. Sendo o Direito "ordenamento da vida do povo, o espírito do povo é a fonte do Direito. O Estado constituiria o intérprete desse "espírito do povo".

Nessa ordem de coisas, o indivíduo deve fidelidade ao povo, portanto, o delito não constitui uma lesão do bem jurídico, senão uma *lesão de um dever*".[45] Por esses fundamentos, qualificaram o bem jurídico como um "conceito inútil".[46]

Depois da Segunda Guerra Mundial houve um retorno das tendências científicas jurídico-penais onde o bem jurídico está vinculado a um aspecto de garantias do homem, como explícito na tese central de Radbruch,[47] que revendo seus posicionamentos anteriores, admitiu que o conflito entre a lei positiva e a justiça possa alcançar uma medida tão insuportável que se deva considerar *falso direito* e ceder passo à justiça. A tese é, sem dúvida, transcendentalista, na medida em que entende que o direito encontra limites externos no que tange ao bem jurídico.

Nesse mesmo período do pós-guerra, foi Welzel quem tratou de reverter a maneira como se entendia o bem jurídico até então ao situá-lo habilmente para além do Direito e do Estado, porém, em uma clara vinculação ontológica.[48] Ele compreendeu o bem jurídico como todo "*estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões*".[49] Entretanto, ele minimizava a importância do bem jurídico ao afirmar que "a missão do Direito penal não consiste na proteção de bens jurídicos, mas na proteção dos valores elementares da consciência, de caráter ético-social, e apenas por inclusão acessória a proteção de bens jurídicos particulares". O bem jurídico com Welzel se converteu em tema secundário, reservando o fundamental no

assegurar dos deveres ético-sociais e “apenas assegurando os elementares valores sociais da ação se pode lograr uma proteção dos bens jurídicos realmente duradoura e eficaz”.[50] Dessa forma, lograva que os casos de ofensa aos bens jurídicos ficassem abrigados sob o guarda--chuva da *adequação social*.

Acontece que a perspectiva de utilizar a *adequação social* como fazia Welzel não remetia necessariamente a uma referência ao bem jurídico, mas apenas filtrava condutas socialmente adequadas, retirando-lhes a imputação,[51] independentemente da existência ou não de referência ao bem jurídico. Welzel trata,[52] por exemplo, de excluir pela adequação social o caso do sobrinho que incentiva as viagens do tio do qual é herdeiro, na esperança de que, com os constantes acidentes existentes hoje em dia, este venha a sofrer um, e faleça. É evidente que a ausência de relevância social aqui não diz respeito diretamente à irrelevância do bem jurídico, mas sim ao fato de que conduta é tal que ingressa no cotidiano sem uma consideração específica de desvalor que possa fazer com que seja reconhecida como inadequada socialmente. Ou seja, a pretensão de Welzel não é utilizar a *adequação social* como sede de discussão sobre o limite de ataque a bens jurídicos, mas sim como filtro de situações que “se movem por completo dentro do marco da ordem social, histórica, ‘normal’ da vida”.[53]

Como se nota, Welzel tratou de ocultar a questão do bem jurídico atrás de uma construção artificial que denominou *adequação social*.

Roxin lançou severa crítica ao emprego da *adequação social* por Welzel, não apenas por sua imprecisão sistemática, mas também pelo desajuste das interpretações que lhe foram lançadas, no sentido de entendê-la quase como um elemento interno da teoria do delito.

Na verdade, na opinião de Roxin,[54] a *adequação social* é um princípio de interpretação do tipo. Segundo sua interpretação, uma conduta socialmente adequada já é, de forma geral e de antemão, atípica, pois não pode, sendo socialmente adequada, configurar qualquer classe de delito ou de injusto,[55] mas sua essência está, na verdade, situada na relação da tipicidade incriminadora com o bem jurídico.

De qualquer modo, para Roxin[56] a efetividade da aplicação do princípio de *adequação social* não produz resultado melhor do que considerar o tipo um *tipo de*

injusto, sendo que inclusive como *pauta hermenêutica* de filtragem do tipo, existem outras fórmulas que, a seu sentir, resultam mais relevantes. Para Roxin, por exemplo, todos os casos que são abrangidos pela ausência de adequação social podem ter a tipicidade afastada com mais precisão por seu primeiro critério de imputação objetiva, separados em dois grupos de casos: os casos em que o risco é juridicamente irrelevante ou permitido ou as ações insignificantes e socialmente toleradas de modo geral.

Daí que a *adequação social* é tida hoje como uma teoria que, conquanto possa ser *tendencialmente* correta, já não possui qualquer especial importância dogmática.[57]

A par de desconstruir o disfarce de Welzel para a ocultação do bem jurídico como tópico indispensável da discussão dogmática, Roxin[58] ainda trouxe o tema para o centro da teoria do delito, ao pretender a conversão do tipo em uma expressão do *nullum crimen* que, no entanto, represente também a natureza restritiva e fragmentária do Direito penal, expressa conceitualmente de tal modo que o âmbito de punibilidade se restrinja ao indispensável para a proteção do bem jurídico.

Em realidade, Roxin[59] escolhe como referência geral de sua estrutura funcionalista o bem jurídico ao sustentar que a própria função do direito penal não é mais do que promover a *proteção seletiva de bens jurídicos*, e a partir dessa concepção geral, funcionalizar todo o seu esquema de imputação. Com essa postura, Roxin subordina a própria estrutura teórica de imputação à necessidade de proteção de bens jurídicos como coordenada geral. Daí que o seu entendimento seja transcendentalista. De modo geral, essa concepção teve larga acolhida doutrinária.

Também cumpre mencionar que mesmo dentro de uma tendência claramente funcionalista, reconhecendo-se que o Direito penal necessita cumprir uma função no sistema social, atualmente segue existindo uma tendência a buscar dar alguma concreção à ideia de bem jurídico remetendo a fundamentos extrapenais, próprios da teoria do sistema social de Nicklas Luhmann e das ideias de dano social preconizadas por Talcott Parsons, com vistas a determinar o bem jurídico de acordo com a disfuncionalidade sistêmica do comportamento a ser vedada pela via das sanções

penais. A essa tendência se denominou funcionalismo sistêmico. Nessa linha, importa destacar Günther Jakobs,[60] quem propõe identificar o grau do dano social de acordo com sua disfuncionalidade sistêmica para a sustentação autopoiética do sistema normativo penal.

Sua postura é de considerar insuficiente da proteção de bens jurídicos como função do Direito penal, estabelecendo em seu lugar, como função primordial, a mera manutenção da credibilidade normativa.

Essa perspectiva é claramente imanentista e também reducionista, porquanto reconhece como único bem jurídico merecedor de proteção penal a estabilidade normativa que deriva da aplicação da pena a quem viola a norma tal como é posta.

Outra proposta igualmente imanentista que procura um disfarce convincente é a chamada teoria constitucionalista do bem jurídico.

Nessas concepções se toma a ordem de valores constitucionais como ponto de referência na definição dos bens jurídicos.[61] Exemplifica-o, em Portugal, a posição de Figueiredo Dias,[62] que tenta ver na Constituição um padrão de referência da valoração social a respeito dos interesses essenciais aos cidadãos, e nesse filtro tenta embasar sua seleção de bens jurídicos. Fala-se que a fonte constitucional dota o bem jurídico de *dignidade* penal.[63] Entende-se que assim se está prevenindo a contaminação de uma posição intrassistemática do reconhecimento do bem jurídico na medida em que não é a norma jurídico-penal que determina a configuração do bem jurídico e sim a norma constitucional.

No mesmo sentido Silva Sánchez,[64] adotando um funcionalismo moderado, pretende uma configuração histórica que a interpretação constitucional entregaria à norma jurídica para que sua estabilização pudesse representar o objetivo do Direito penal. Para esse autor, o conceito de bem jurídico, por si só, não poderia sustentar a função limitadora da intervenção penal, daí a necessidade de referência constitucional.

Com o devido respeito, não parece que uma interpretação como essa possa ser capaz de oferecer qualquer classe de segurança jurídica, menos ainda, parece existir a efetiva correspondência à mensagem de essencialidade que se quer dar com a ideia de

vincular a tipicidade a uma dimensão material através do bem jurídico e, o que é pior, inviabiliza, pela via de um positivismo jurídico, a crítica à norma desde o ponto de vista de sua não correspondência às aspirações sociais. Em resumo, é uma posição imanentista de submissão à Constituição que, no fundo, não esconde mais do que uma simplificação.

Cumpre referir que a discussão sobre bens jurídicos como instrumentos de recorte da intervenção penal antecedem ao constitucionalismo europeu centenas de anos, remontando a Beccaria e Karl Ferdinand Hommel,[65] com o que, haveria de se perguntar onde seria buscada, então, em um corte jusnaturalista, a referência de dignidade dos bens jurídicos, caso estes repousassem na Constituição.

Ademais, para ficar com poucos exemplos, o Estado de Stálin na União Soviética e o de Hitler, na Alemanha, eram constitucionais, e não necessariamente os bens jurídicos mencionados pela Constituição traduziam a essência das pretensões sociais de uma época.

Por outra, mesmo considerando presente uma Constituição de alto teor democrático, como a brasileira de 1988, não é possível associar simplesmente os bens jurídico-penais à sua referência constitucional. Por exemplo: a Constituição brasileira prescreve a proteção social do salário a ponto de determinar expressamente a criminalização da hipótese de sua retenção dolosa.[66] Acontece que o tema é perfeitamente resolúvel na justiça laboral e nem interessa ao trabalhador a prisão do seu empregador, mas antes o recebimento forçado dos valores. Por outro lado, não há referência expressa à liberdade sexual na Constituição de 1988 e, no entanto, não existe quem ponha em cheque que as lesões a esse bem jurídico inscrevem-se entre as essenciais para o desenvolvimento do ser humano em sociedade.

Obviamente, a pretensão daqueles que defendem a teoria constitucionalista do bem jurídico é a de vincular a intervenção penal aos ataques contra os chamados Direitos fundamentais da pessoa, no entanto, acabam por incorrer em uma confusão entre Direitos fundamentais constitucionais a bens jurídicos fundamentais, muito bem detectada por Bustos Ramírez, ao observar:

> "Na Constituição e no Direito constitucional os Direitos fundamentais

> cumprem uma função muito específica, de regular as relações entre a sociedade política e a sociedade civil e, portanto, constituem um limite à intervenção do Estado junto aos cidadãos. Ao contrário, os bens jurídicos têm uma função muito mais ampla e complexa, pois implicam relações sociais concretas dos indivíduos a respeito de todos os possíveis sujeitos ou objetos que podem entrar nessa relação, nesse sentido também o Estado, mas não só esse."[67]

Assim, parece um equívoco a vinculação da identidade dos bens jurídico penais, enquanto tais, e os bens jurídicos constitucionais, ainda que fundamentais. Portanto, a Constituição parece constituir somente uma referência não absoluta, para a valoração da relevância do bem jurídico a efeitos penais.

Essa posição evidentemente padece de um imanentismo normativo disfarçado, pois pretende justificar através da escolha política representada na Constituição o correto ajuste às pretensões sociais, coisa que não condiz, evidentemente, com a verdade, especialmente nos tempos fluidos que nos toca viver, onde os câmbios sociais são muito mais rápidos e frequentes do que podem suspeitar os ventos políticos orientadores das cartas de intenções normativas.

3.1 Tomada de posição

Na verdade, a questão sobre se o bem jurídico precede ou não a norma é uma aporia.

Isso deriva da composição do próprio Estado. Cria-se esse ente abstrato – Estado – para gerir parcela de nossa liberdade, em virtude da necessidade de proteção da maior parte dela. Se não houvesse o interesse de proteger determinadas facetas de nossa vida, seria desnecessária a criação de normas e a própria existência do Estado. Portanto, a chamada à existência das normas e do Estado deriva da pré-existência de interesses cuja proteção não pode ser levada a cabo individualmente.

Em contraposição, seria ingênuo crer que todos os bens jurídicos são dados prévios. De ser assim, estaria absolutamente reduzida a capacidade de crítica ao

sistema, ou seja, a capacidade que temos de procurar minimizar a intervenção penal e seus graves efeitos. Sempre esbarraríamos na dificuldade de que o direito não faz mais do que reconhecer a prévia existência de bens jurídicos. Quando entendemos que a norma cria bens jurídicos, isso nos permite afirmar que estes constituem uma opção político-criminal, que deve ser permanentemente legitimada pelo meio social, sob pena de seu afastamento da seara penal.

Em contraposição, seria ingênuo crer que todos os bens jurídicos são dados prévios. De ser assim, estaria absolutamente reduzida a capacidade de crítica ao sistema, ou seja, a capacidade que temos de procurar minimizar a intervenção penal e seus graves efeitos. Sempre esbarraríamos na dificuldade de que o direito não faz mais do que reconhecer a prévia existência de bens jurídicos. Quando reconhecemos que a norma cria bens jurídicos, isso nos permite reconhecer que estes constituem uma opção político-criminal, que deve ser permanentemente legitimada pelo meio social, sob pena de seu afastamento da seara penal.

Obviamente, existem outros bens jurídico-penais cuja discussão a respeito de sua legitimidade, seu reconhecimento, sua essencialidade a ponto de pertencer à seara penal, não surge senão depois de uma previsão legal, como é o caso, especialmente, de alguns bens jurídicos coletivos como o ambiente, a economia popular, a regularidade da administração pública etc.

Na concepção aqui adotada, os primeiros são os bens jurídicos que se convertem na base inquestionável para a construção da teoria jurídica do delito e dão predomínio a um perfil material de bem jurídico, ante um perfil formal.

Dessa forma, suas características hão de servir como filtro de interpretação para a eventual validade dos bens jurídico-penais não tradicionais. Ou seja, somente poderão ser consideradas válidas as incriminações que traduzam uma aflição a algo que possa ser identificado como essencial ao desenvolvimento social dos indivíduos, quer seja de um ponto de vista individual, quer seja de um ponto de vista coletivo.

Cumpre notar que essa avaliação deve ser feita a partir de dois ângulos: não apenas no que tange à verificação de identidade do bem jurídico como essencial, mas também na dimensão qualitativa e quantitativa do ataque a ele perpetrado.

Um bom exemplo a respeito disso pode ser o ambiente.

Embora não seja desconhecida a posição doutrinária segundo a qual o ambiente não seria um bem jurídico digno de tornar-se objeto de incriminação,[68] hoje em dia não é possível negar ao ambiente a condição de elemento essencial para o desenvolvimento dos seres humanos.

Assim, parece incontestável a legitimidade da incriminação da poluição. Outrossim, não é qualquer classe de poluição que traduzirá, necessariamente, a pretensão de ofensividade.[69] É necessário que a agressão praticada por essa via ao ambiente tenha uma dimensão equivalente àquela que seria uma agressão praticada a um dos bens jurídicos reconhecidamente essenciais, como a integridade física, a vida etc.

Desse modo, um caso de poluição radioativa, por exemplo, claramente tem dimensão para ser incriminado, outro caso, ao contrário, de poluição visual, por exemplo, não gozará de tal legitimação. A par disso, há ainda que ser levada em conta a dimensão qualitativa e quantitativa do ataque, pelo que, mesmo uma poluição radioativa, se traduzida, por exemplo, no emprego dos raios X em tratamentos e exames médicos, pode não ser considerada relevante desde um ponto de vista criminal.

Resumidamente, é possível dizer que o crime de poluição estará legitimado quando o ambiente – bem jurídico imprescindível para o desenvolvimento dos seres humanos – for atingido de modo a afetar de modo grave o seu aproveitamento naquilo que ele representa de essencial para o desenvolvimento social dos indivíduos.

4 DA IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DO BEM JURÍDICO COMO CRITÉRIO DE REFERÊNCIA PARA O RECORTE DA INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL

Recentemente, é possível falar de um *desgaste* da teoria do bem jurídico. Os críticos da adoção de uma perspectiva limitadora da intervenção penal por meio dessa via vêm questionando sua utilidade especialmente em termos de eficácia. Para tanto, colecionam argumentos antigos relacionados à efetividade, aos quais se somam

argumentos críticos quanto à imprecisão do conceito e sua capacidade de rendimento dogmático. Esses argumentos são, a seguir, analisados e debatidos, com vistas a demonstrar a necessidade – ainda hoje – da preservação da referência aos bens jurídicos como referência para o sistema de imputação.

4.1 Da mencionada falta de efetividade

Uma crítica antiquada e descabida à teoria dos bens jurídicos – aqui entendida como critério limitador da intervenção do sistema jurídico-penal – é sua falta de efetividade. Nesse sentido, afirma Jakobs que "se todos os bens que devem ser protegidos forem considerados bens jurídicos incondicionalmente, isto é, sem restrições, salta aos olhos que na maior parte dos casos esses bens perecem de uma maneira pela qual o Direito, especialmente o Direito penal, em nada se interessam"[70].

Sustenta-se, à raiz dessa incapacidade, a necessidade do abandono do bem jurídico e de sua referência para legitimação do sistema, em nome de uma eficácia na tratativa dos problemas próprios da sociedade do risco.[71]

A esse respeito, é preciso partir de admitir que os bens jurídicos em concreto não são, nem podem ser, efetivamente protegidos pelo Direito penal. O emprego do sistema penal não oferece qualquer garantia efetiva de que um determinado bem jurídico não vá ser violado ou posto em perigo. Pelo contrário. É possível dizer, inclusive, que a violação ou colocação em perigo de um bem jurídico é verdadeiro pressuposto da intervenção penal.

São características gerais do sistema punitivo a atuação violenta e atrasada em relação à ofensa ao bem jurídico.

Crer em uma efetiva pretensão de proteção de bens jurídicos implicaria admitir um poder dissuasório da instância penal, focado em uma ideia de prevenção geral de sentido negativo relacionada à pena, que não cabe, hoje em dia, sustentar.

Entretanto, essa crítica ancestral[72] creio já ter sido, há muito, superada.

O Direito penal não *protege* concretamente bens jurídicos. Essa é uma pretensão inalcançável por qualquer fundamentação do direito penal. Outras ideias como preservação da estabilidade da norma igualmente não podem arvorar-se a uma

demonstração empírica. A primeira, porque como cada novo ataque à norma, comprova empiricamente a falta de efetividade de sua afirmação e a segunda porque a vontade individual como evento interno é absolutamente inacessível a terceiros. A razão para isso é que a teoria do delito não é uma estrutura empírica, mas sim ideológica, no sentido radical ou originário da palavra. Trata-se de uma ideia e não de uma coisa. A própria proposição de comprovação empírica é intrinsecamente equivocada.

O bem jurídico não é *protegido*, mas sim compõe um *elemento justificante* da intervenção penal.

Não é demais lembrar que a própria ideia de composição de um Estado traduz a composição de um *ente* gestor de direitos e garantias, ou seja, a própria reunião de pessoas em torno de um Estado só se justifica a partir da ideia de que um *ente* deve ser criado com vistas a garantir o exercício de parte das liberdades, direitos e bens, cuja fruição não se pode garantir pelo desforço individual.

Assim, todo o instrumental criado por, para e pelo Estado tem por objeto a promoção e efetivação da fruição de tais bens, liberdades e direitos.

Portanto, uma vez que o sistema penal é um dos instrumentos de controle social de que dispõe o Estado para a realização de sua meta, esse se justifica pela mesma fórmula que as demais instâncias de exercício do controle social.

Aí também reside seu limite.

É que, ao não conseguir justificar discursivamente sua intervenção a partir da realização de tais metas, a atuação do Estado simplesmente não está legitimada, pois se o sacrifício de submissão à imposição das regras torna-se maior do que as garantias que tais regras de ordenação pretendem proporcionar, torna-se mais vantajoso o abandono completo do Estado.

A questão interna, pois, deve ser permanentemente sopesada em torno de valores que se justificam em torno do equilíbrio entre direitos, bens e garantias.

Portanto, ainda que não promova uma *efetiva proteção de bens jurídicos*, somente a referência a estes justifica a imposição de regras que, de algum modo, promovam recortes de liberdades e direitos.

4.2 Da imprecisão do conceito de bem jurídico-penal

Outra frequente crítica à teoria do bem jurídico diz respeito à imprecisão do seu conceito.

Não é incomum que se diga que não existe um conceito claro de bem jurídico e que isso resulta prejudicial à sua capacidade de rendimento dogmático.[73]

Entretanto, parece não apenas correto, mas também positivamente útil que o conceito de bem jurídico siga sendo impreciso. O equívoco da crítica resulta precisamente de que parte da ideia de que seria proveitosa uma concretude de tal conceito.[74]

Muñoz Conde[75] refere que há dois principais problemas contra uma pretensão de obter um conceito concreto de bem jurídico: a possível confusão dogmática entre bem jurídico e objeto material e a natural tendência à abstração do próprio conceito.

4.2.1 O problema dogmático. Distinção entre bem jurídico e objeto material do delito

A primeira questão a ser aclarada, desenvolvida pela própria teoria do bem jurídico, consiste na distinção entre o bem jurídico e o objeto material do delito. Uma vez que se pretenda um referente concreto para o bem jurídico, a tendência é que se dilua essa diferença e que se termine por confundir o bem jurídico protegido com o objeto que sofre a ação criminosa.

O objeto material é concreto e representa a configuração material do interesse jurídico.

Assim, por exemplo, enquanto o bem jurídico protegido do delito de furto é o patrimônio e no delito de lesões é a integridade física, o objeto material do furto é o carro, a carteira ou o televisor e o objeto material das lesões é o corpo humano.

O bem jurídico é o interesse jurídico protegido, o objeto material é o objeto sobre o qual incide a ação do sujeito. Desse modo, “ao Direito penal não interessa tanto o ‘algo concreto’ como o interesse geral que se materializa nesse algo”.[76]

No mesmo sentido, esclareceu Jescheck:[77]

> “Os bens jurídicos devem ser entendidos como objetos acessíveis à percepção sensorial, mas sim como **valores ideais da ordem social** nos quais descansam a segurança, o bem-estar e a dignidade da coletividade Ao contrário, o objeto real sobre o que recai a ação pode apresentar-se em distintas formas: como unidade psíquico-corporal (corpo ou vida de uma pessoa), como valor social (honra do ofendido), como valor econômico (patrimônio), como coisa (animal suscetível de caça) e como situação real (atitude de uso de um objeto).”

Entre o bem jurídico e o objeto material não há uma identidade, mas uma complementação. “O bem jurídico e o objeto da ação se referem um ao outro como ideia e manifestação, mas hão de manter-se separados conceitualmente.”

Para Stratenwerth,[78] “o objeto do fato deve distinguir-se estritamente do *bem jurídico*, que é o estado ou o processo a que se dispensa a proteção jurídico-penal”. Ele demonstra a distinção relacionando um bom número de bens jurídicos que não possuem substrato material, como “a proteção da aplicação do Direito sem o obstáculo representado pelas declarações falsas” ou “o desenvolvimento sexual da criança sem perturbações”. Afirma, com razão, que “nestes casos, carece de sentido falar de um objeto de fato”, ou de um objeto material. Mas isso não parece ser suficiente para justificar o abandono da teoria do bem jurídico, senão exatamente o contrário, já que resulta imprescindível que, onde não for possível realizar a contenção do Direito penal incriminador através da exigência de corporificação de um objeto material, que ao menos isso se dê pela exigência de um bem jurídico.

Não há dúvidas que uma pretensão de concreção absoluta de um conceito de bem jurídico pode conduzir, no limite, à sua confusão com o conceito de objeto material, coisa não é desejável, em especial, por obrigar ao recorte de toda a imputação de ataques a objetos incorpóreos, o que desvirtuaria a organização de *ultima ratio* do direito penal, já que, induvidosamente, alguns bens jurídicos que figuram como essenciais ao desenvolvimento dos indivíduos em sociedade não gozam de corporificação, como a segurança pública ou a segurança no trânsito, por exemplo.

4.2.2 Tendência do conceito de bem jurídico a um perfil abstrato

Se uma condução ao limite máximo de concreção aproxima o conceito de bem jurídico do conceito de objeto material, de modo indesejável, o outro extremo também é preocupante.

A fluidez e abstração do conceito de bem jurídico tem sido muito criticada pela doutrina.

Comenta-se que perspectiva de redução da intervenção penal que teoricamente derivaria da ideia de vincular a intervenção jurídico-penal somente às condutas que guardem um efetivo potencial de risco aos bens jurídicos não corresponderia concretamente a uma contração do sistema punitivo, já que o bem jurídico pode ser descrito de diversos modos, admitindo uma variada fórmula de identificação, o que torna o ganho derivado do seu emprego irrisório.[79]

Com efeito, observa Roxin que o bem jurídico já foi identificado

> "como 'bem vital' reconhecido socialmente como valioso, como 'valor jurídico' ou 'interesse jurídico', como interesse juridicamente reconhecido 'em um determinado bem como tal em sua manifestação geral', [...] como 'unidade funcional valiosa' ou como 'valores institucionais e estados jurídico-penalmente protegidos, que são imprescindíveis para a ordenada convivência humana'".[80]

Essa situação leva ao reconhecimento de que "é praticamente impossível conceituar exaustivamente o bem jurídico".[81] Continua Roxin, afirmando que:

> "devido a essas divergências, que frequentemente são difíceis de precisar quanto ao seu alcance, o relativo consenso sobre o conteúdo jurídico-penal da proteção de bens jurídicos repousa sobre fundamentos inseguros. Por isso o conceito material de delito e a teoria do bem jurídico seguem contando ainda hoje entre os problemas básicos menos clarificados com precisão do Direito penal.[82]

Essa alternativa entre um conceito de bem jurídico preciso e crítico, mas alheio às necessidades da prática, e um conceito de bem jurídico prático e mais próximo da realidade, porém vago e inconsistente, se agudiza ainda mais em uma sociedade moderna e complexa como a que temos atualmente.

A densidade e complexidade do tráfego viário e aéreo e dos centros de informação e comunicação dos terminais eletrônicos de dados; a crescente intervenção do Estado na economia através de uma política de subvenções, ou o aumento da poluição do ambiente, enfrentam ao Direito penal com a questão de se é possível limitar ainda sua missão de proteção do 'direito de outro', ou é necessário passar a proteger instituições, unidades ou funções sociais, o que evidentemente significa uma maior indefinição do conceito de bem jurídico.

Entretanto, o bem jurídico não deve ser entendido como um dado conceitual, mas sim como um princípio, uma diretriz normativa,[83] uma referência de recorte da intervenção. Não basta que exista um bem jurídico para estar justificada a intervenção penal, mas ela não pode estar justificada senão guardando referência a um bem jurídico. O fato de que, nessa construção, esteja inserido no sistema dogmático pela via da pretensão de ofensividade não significa que se exija um conceito fechado. Isso porque o próprio sistema proposto é um sistema aberto, permeável às interferências não apenas de princípios limitadores e corretores da intervenção penal, mas também ao reconhecimento social, histórico e político de valores e bens.

Realmente, uma concreção absoluta do conceito de bem jurídico é indesejável.[84] E não apenas porque implica o risco de aproximar-se e mesclar-se ao conceito de objeto material. Em realidade, não há nenhum inconveniente em que estes, por vezes, coincidam.

O problema dessa aproximação reside em pretendê-la absoluta e culminar por afastar indevidamente – por falta da coincidência absoluta – a incriminação de determinadas condutas merecedoras da intervenção jurídico-penal.

Por outro lado, a aparente vagueza do conceito de bem jurídico permite uma abertura que corresponde à absorção das tendências da própria sociedade, coisa que é benéfica em dois sentidos: proporciona a possibilidade de negar reconhecimento de

relevância social a um bem jurídico ainda que haja previsão concreta de sua incriminação, afastando-o da *praxis* forense e pressionando a transformação legislativa; não engessa com a camisa de força conceitual a constante transformação da primazia dos interesses, permitindo uma *praxis* que admite a permeabilidade pelo princípio de proporcionalidade. Isso é precisamente o que fez com que, por um lado, embora previsto em lei como conduta incriminada até 2005, há muito o adultério tivesse sido afastado da seara judicial e, por outro lado, fosse admitida a inserção da preocupação com o ambiente entre os bens jurídicos que reclamam a intervenção jurídico-penal.

Enfim, se pode concluir que uma certa indefinição do conceito de bem jurídico termina por ser inevitável, mas essa indefinição não põe em risco a garantia político-criminal de seu reconhecimento.

Basta entender, como quer Juarez Tavares, que o bem jurídico é um "valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real".[85]

No mesmo sentido, Schünemann[86] refere que o bem jurídico deve ser compreendido como uma *diretriz normativa*.

Na construção aqui defendida, ele constitui um elemento fundamental, que dota de conteúdo o tipo de ação, fazendo com que se possa pretender afirmar a ofensividade do fato em face do conjunto normativo,[87] no entanto, não goza de um conceito, mas sim, seguindo a Vives e a Martínez-Buján Pérez, constitui uma razão de ser, ou resume um conjunto de motivos justificadores para a imposição racional de uma privação de liberdade.[88]

Essa racionalidade será composta com base nos princípios limitadores do Direito penal, a saber, legalidade, intervenção mínima e culpabilidade, principalmente a ideia de proporcionalidade. Estes atuarão no sentido de identificar a legitimação dos bens jurídicos a partir de processos sociais comunicativos. Em tais processos será verificada a validação da proteção de determinado bem sempre que socialmente não seja identificado o custo da intervenção penal como algo desproporcional à luz dos mencionados princípios.

4.3. Propostas recentes de alternativas à teoria do bem jurídico e razões de sua insuficiência.

As críticas recentes à teoria do bem jurídico abriram passo a que parte da doutrina buscasse alternativas a esta teoria, para dotar de fundamento material a atribuição de responsabilidade, à margem da perspectiva funcionalista sistêmica e da reducionista ideia de estabilidade da norma, com todas as suas variantes[89]. No entanto, nenhuma delas parece convincente.

Apresenta-se aqui um breve resumo de tais concepções e as razões pelas quais parece adequado refutá-las.

Pode-se elencar, entre as principais propostas, a de Frisch[90] e Naucke[91], que convergem no sentido de que a fundamentação material da incriminação reside não em uma afetação do bem jurídico e sim no merecimento de pena; Stratenwerth,[92] que propõe a substituição da tutela de bens jurídicos pela tutela dos contextos da vida como tal; outros autores, como, por exemplo, Kurt Seelman[93], que investem na transposição do *harm principle*.

4.3.1 O merecimento de pena

O ponto de partida de Frisch é que a alusão à teoria do bem jurídico constitui-se, por um lado, em uma referência no sentido de que só se castiga com pena ofensas a bens jurídicos, o que ele denomina função descritiva mas, por outro, almeja-se também a uma função crítica de que o Direito penal deve *limitar-se* à proteção de bens jurídicos, função esta que, mais recentemente vem sendo posta em cheque, entendendo-se-a como supervalorizada em face de sua real capacidade de rendimento como uma teoria delimitadora[94]. Este aspecto, ladeado pela vagueza, relatividade e amplitude do próprio conceito de bem jurídico faz perceber que a operacionalidade desta teoria é bastante relativa[95].

Frisch[96] prossegue em seu raciocínio fixando-se sobre a questão de que a vagueza conceitual do bem jurídico permite inferir que há certa limitação na capacidade dos juristas – e legisladores penais – em tomar a decisão sobre se certo objeto constitui ou não bem jurídico, portando, é de se concluir que tal decisão se

ajusta em torno de determinadas realidades, funções etc., são reconhecidas como bens jurídicos desde fora desse espaço, em instâncias prévias ao Direito[97]. Esta própria subordinação da decisão acerca do que é um bem jurídico penal à outras instâncias significa, no mínimo, que "a questão do bem jurídico significa, no mínimo, que só existe a discussão sobre o bem jurídico onde houve uma regulação prévia ao próprio Direito penal.[98]

E, se são as instâncias extrapenais que definem o que vai ser o bem jurídico penal, é a decisão sobre o que é bom e valioso o que irá determinar a própria essência do bem jurídico penal. Isso constituiria, no fundo, uma decisão político-criminal sobre o merecimento de pena e não propriamente sobre a existência do bem jurídico.

Com todo o respeito à profundidade acadêmica do raciocínio, é importante destacar sua circularidade. Isto é. Do mesmo modo que se pode dizer que só existirão bens jurídicos onde existirá merecimento de pena como decisão político criminal, derivada da importância revelada em outras instâncias (subsidiariedade sancionatória), o certo é que tampouco o merecimento de pena contempla propriamente qualquer classe de *conceito*. Antes pelo contrário. Há intenso debate sobre as funções da pena sem chegar a conclusão alguma e, nesse campo há quem defenda inclusive que a pena não tem qualquer função[99].

Ou seja, a proposta resulta completamente falida *ab initio*, porque não apenas não melhora a questão da vagueza de conceitos, como ainda adiciona um prejuízo maior, consistente na falta completa de fundamentos como tese possível, o que levaria não à inexistência de bem jurídico, mas à completa inexistência – por falta de legitimação – do próprio Direito penal.

4.3.2 A tutela de contextos da vida

Stratenwerth[100], partindo das críticas tradicionais à teoria do bem jurídico, em especial a questão de sua vagueza conceitual sustenta igualmente que não se pode manter, em nossos dias, a teoria do bem jurídico como fonte de legitimação da intervenção penal.

Sua crítica inicia-se pela reflexão de que um conceito de bem jurídico só adquire conteúdo concreto quando dirigido a bens jurídicos individuais, tais como vida, integridade física ou liberdade, mas perde completamente tal concretude, quando começa a migrar para o campo dos bens jurídicos universais[101].

O autor reconhece os esforços no sentido da solução deste problema a partir da Escola de Frankfurt, tanto no sentido de da confecção de uma teoria monista personalista, que fizesse limitar a defesa de um bem jurídico coletivo apenas quando este vincula-se diretamente a um interesse individual, quanto na ideia de retorno a um Direito penal nuclear que se vincule somente à defesa dos bens jurídicos individuais[102].

No entanto, reconhece que esta perspectiva deixa de lado temas que são cruciais para a humanidade e que não obstante isso, não tocam nem afligem necessária e diretamente o bem estar de um sujeito individual, como, por exemplo, o ambiente, cuja destruição recente tem sido implacável e cujo interesse coletivo é indeclinável[103].

O autor sustenta que qualquer fundamentação antropocêntrica resultaria demasiado estreita para justificar a óbvia necessidade de castigo das agressões ao ambiente, e mesmo que alguma justificação fosse possível, resultaria inexistente um ponto de referência para estabelecer qual classe de exploração poderia ser admissível ou não, já que as ingerências sobre a natureza fazem parte da própria história da humanidade[104].

A partir destas considerações Stratenwerth[105] propõe que o intento de dar um fundamento material para o delito que pudesse estar justificado diante de situações como as do ambiente, seria não partir do indivíduo, mas sim da sociedade, mais especificamente de quais são as condições mínimas de convivência humana e de que modo se lhes pode assegurar por meio de normas penais.

Dentro deste quadro, o autor sustenta que tais condições mínimas de sociabilidade abrangem desde discussões de base contratualista, remetendo ao Iluminismo, até às modernas teorias do sistema, de modo que inexiste uma teoria sociológica com nível de desenvolvimento científico suficiente para descrever tais

condições nem mesmo dentro de um momento histórico determinado sem acudir a uma tremenda abstração[106].

Portanto, a solução seria admitir que o fundamento material do delito recai sobre as condições de convivência social que serão sempre mutantes de acordo com a evolução da sociedade e sempre legitimadas a partir de um consenso de determinado grupamento social em um momento dado[107].

A opção proposta deve ser rechaçada e com veemência, quer seja por sua redundância, quer pelos perigos que enseja, que tornam insuficientes os parâmetros críticos da referência constitucional, do princípio de proporcionalidade e evitação da contradição com os quais Stratenwerth pretende limitar a questão[108].

A proposta é redundante porque critica a vagueza do conceito de bem jurídico e propõe sua substituição por outra coisa igualmente vaga e mutante, que sequer alcança remeter a uma construção histórica. Não se enxerga outra vantagem para além de justificar a proteção do ambiente, tema que pode encontrar várias outras justificativas nas próprias teorias rechaçadas pelo autor, como no monismo personalista.

Mas este não é o principal problema e isso deveria ser mais ainda perceptível em um ambiente jurídico como o alemão. Se é admissível uma tese de que basta um consenso sobre valores determinados por uma sociedade em uma determinada época, verifica-se que tal fundamento acolheria, sem ressalvas, por exemplo, as leis de Nuremberg, cujos abusos inomináveis descabe lembrar, mas que certamente derivavam de um certo consenso legislativo em um momento dado da história de uma população determinada.

Não é necessário ir mais longe para apontar o perigo que isso representa.

4.3.3 O aproveitamento do harm principle

Houve intentos de aproximação entre pontos da teoria do bem jurídico e o *harm principle*[109] do direito anglo-saxão, como forma de sanar os defeitos comumente apontados pela aplicação da primeira. Como é sabido, o *Harm principle* consiste basicamente na concepção de que o merecimento de pena se dirige a uma conduta que lesiona os direitos de uma ou mais pessoas em seus *welfare interests*, os pressupostos

do bem estar ou se são menoscabados os seus sentimentos (*offense-principle*)[110].

Segundo Seelman[111], é precisamente este avanço na proteção de meros "sentimentos" e, portanto, de uma dimensão moral, que consiste na ultrapassagem dos limites da teoria do bem jurídico para admitir que "é possível impor uma pena não somente por uma lesão a outra pessoa, mas além disso também em outra classe de ofensas, não obstante tanto o *harm principle* quanto a teoria do bem jurídico tenham origem na ideia de proteção de direitos subjetivos individuais, migrando para a ideia de proteção da norma, justamente nos *hard cases*[112].

Seelman[113] propõe, para realizar a aproximação entre esses fundamentos, um retorno à base *hegeliana* de que o direito é uma relação de respeito e reconhecimento recíproco entre pessoas, garantida por normas, que o autor denomina de modelo de reconhecimento *[Anerkennungsmodell]*. Este modelo de reconhecimento consiste na ideia geral que o delito é a negação do direito e a pena a forma da restauração da relação jurídica, porque, quando o agente comete o crime, não estará reconhecendo no outro – a vítima – seu *status* jurídico de sujeito de direitos. A retorsão com a pena seria a forma de restaurar a relação jurídica atingir. Na visão do autor, esta seria a fórmula melhor acabada do ajuste entre a teoria do bem jurídico, o *harm principle* e a defesa da norma[114].

O autor passa então a desenvolver as ideias *hegelianas* básicas de delimitação entre o direito penal, o direito civil e o direito público, sempre tendo o modelo de reconhecimento como base. Em resumo, é possível dizer que Seelman usa o *harm principle* como escusa para remeter a questão da imputação a um retorno a Hegel. Como se nota, a solução de Seelman remete às teses de Jakobs, mas aqui um "Jakobs tímido", que reluta em refutar completamente a teoria do bem jurídico.

5 A DISCUSSÃO ATUAL SOBRE A LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL REFERIDA A BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS OU COLETIVOS

No ano de 2003,[115] cheguei a apresentar a discussão sobre a legitimidade ou não da proteção dos bens jurídicos coletivos, reduzindo as principais tendências a apenas

duas: o monismo e o dualismo, subdividindo o segundo. Então, esse era um espelho aproximado das tendências dominantes a respeito do assunto, especialmente em se tratando de um trabalho que pretendia não avançar além de um panorama geral, cumprindo sua função de introdução do leitor às discussões penais relevantes.

Hoje e aqui, o mesmo quadro toma uma dimensão completamente diferente. A uma, porque se trata de um livro de parte geral que conta com um dos elementos componentes do conceito de delito especialmente vinculado à categoria bem jurídico, o que permite adensar o raciocínio sobre o tema e, a duas, porque o panorama de discussão cresceu muito desde 2003.

O bem jurídico passou a ser uma das discussões centrais em termos de dogmática jurídico--penal. Não apenas desde o ponto de vista intrínseco, a respeito da validade de sustentação de uma teoria do bem jurídico como referente penal, mas principalmente – impelido, inclusive, por uma profusão legislativa de previsões incriminadoras voltadas a bens jurídicos de difícil individualização – a respeito da validade e legitimidade de incriminação de determinadas condutas que guardam referência unicamente a bens jurídicos transindividuais. É nesse ponto que se costuma distinguir entre os bens jurídicos individuais, pertencentes à pessoa mesma, como a vida, a saúde ou o patrimônio, e os bens jurídicos coletivos, como a ordem econômica, o meio ambiente ou a segurança do tráfego.

O ganho de importância, porém, não representa uma uniformidade na discussão. Ou seja, o fato de que o bem jurídico tornou-se uma categoria ou conceito de suma importância para a dogmática do Direito penal não levou a que se formulasse um catálogo de classificações a seu respeito dotado de certa uniformidade, senão que ocorreu exatamente o contrário. Conceitos como *bens jurídicos coletivos, bens jurídicos transindividuais, bens jurídicos intermediários, bens jurídicos institucionalizados* são usados para definir coisas diferentes, segundo critérios também diferentes. As próprias aglutinações de grupos classificatórios são díspares, não permitindo a inserção na discussão desde um ponto de vista uniforme.

Schünemann,[116] por exemplo, prefere a classificação entre bens jurídicos institucionalizados e não institucionalizados. Em geral, os primeiros são bens

jurídicos individuais, por exemplo, a vida ou a integridade física, mas também podem ser coletivos, como os objetos apreendidos em um processo. Os segundos, embora prevalentemente se apresentem entre bens jurídicos coletivos, como a economia popular, por exemplo, podem também estar catalogados entre os bens jurídicos individuais, como a honra objetiva.[117] O critério básico de distinção dessa classificação é estarem ou não os bens jurídicos sujeitos a uma possibilidade de lesividade e desgaste físicos, a que estão submetidos os bens jurídicos fisicamente individualizáveis e lesionáveis e não estão os bens jurídicos institucionalizados.

Ainda dentro dos bens jurídicos coletivos institucionalizados, Hefendehl[118] situa o que ele qualifica de (*Vertrauenrechtsgüter)* bens jurídicos da confiança socialmente relevante. Tais bens jurídicos são aqueles em que, embora um ataque individual não afete consideravelmente a confiança coletiva como pressuposto de funcionamento de determinados fenômenos sociais importantes, a permissão de tais comportamentos de modo geral conduziria à perda das condições institucionais para a existência da mencionada confiança.[119]

Além disso, a doutrina[120] já trabalha hoje com algumas desmitificações a respeito de bens jurídicos que se apresentam como coletivos somente na aparência, mas que na verdade não são mais do que a somatória de bens jurídicos individuais, tais como a saúde pública, por exemplo, que significa nada mais do que a somatória das saúdes individuais das pessoas, portanto, não é um bem jurídico coletivo, mas sim individual, com aparência de coletivo.

Essa clarificação resulta de crucial importância para a resolução de temas graves, como é o caso dos delitos relacionados ao porte e uso de drogas. Somente uma concreta dimensão a respeito da liberdade individual em face do prejuízo à saúde individual pode levar a conclusões corretas a respeito do que se deve efetivamente castigar.[121]

Portanto, torna-se inevitável que a fórmula com que se apresente o panorama da discussão sempre seja conflitiva com outro posicionamento. Para fins de clareza expositiva, iniciarei por delinear um panorama da discussão, para, com base nele, tratar de expor o tema, o qual, em essência, parte da fórmula já adotada em outros

escritos, e que parece ser didaticamente insuperável.

Em primeiro lugar, como já visto, defende-se aqui a ideia de que a teoria do bem jurídico não se tornou um referente imprestável para a teoria do delito, pelo que, descarta--se, de entrada, qualquer posicionamento que não admita o bem jurídico como referente da teoria do delito.

Em segundo lugar, é forçoso admitir que nas sociedades complexas atuais, há vários contextos dignos de intervenção penal – porque essenciais ao desenvolvimento humano – que já não podem ser identificados meramente a partir de bens jurídicos individuais corporificados. Assim, já não se trata de *se* o sistema deve ou não fazer referência a bens jurídicos coletivos ou transindividuais, mas sim de *como* devem ser tratados tais bens jurídicos.

Convém referir que aqui não se está tratando simplesmente de legitimar ou deslegitimar a referência de bens jurídicos transindividuais. Essa referência é obviamente válida. Seria ilógico defender, nos dias de hoje, que aspectos transindividuais como o ambiente ou a conjuntura macroeconômica não compõem elementos essenciais para o desenvolvimento social das pessoas.

Outrossim, também é certo que parece pouco útil, a efeitos de justificação da intervenção penal, a separação entre bem jurídico supraindividual e bem jurídico coletivo, salvo se houvesse a pretensão, que não é o caso, de afastar a legitimação da intervenção de uma dessas categorias.

Assim, a primeira pergunta a ser respondida, o ponto de partida de qualquer discussão sobre teoria do bem jurídico, é se convém *manter uma só concepção de bem jurídico (monismo) ou duas (dualismo*) compreendendo os bens jurídicos coletivos e transindividuais e, de outro lado, os bens jurídicos individuais.

Em um primeiro momento,[122] a discussão travou-se entre se haveria de ser mantido um único *conceito* de bem jurídico, tanto para bens jurídicos individuais quanto coletivos (monismo); ou se deveria haver mais de um conceito de bem jurídico, um para os bens jurídicos individuais, outro para os bens jurídicos coletivos (dualismo). Como recorte em sintonia fina, a opção pelo monismo remetia à discussão sobre se esse deveria partir de admitir somente a referência ao bem jurídico

individual a partir da demonstração de um interesse coletivo (monismo coletivo) ou se deveria admitir somente a referência ao bem jurídico coletivo na medida em que esse se justificasse por vários interesses individuais subliminares (monismo personalista).

Entre essas opções, sem lugar a dúvidas, a melhor seria o monismo, pois qualquer classe de dualismo em direito penal representa uma fragmentação indesejável e abre passo a perigosas discriminações (como foi o caso, por exemplo, do dualismo da culpabilidade, que abriu passo para um discurso de culpabilidade por condução de vida, ou ainda, o dualismo que levou a reconhecer o chamado direito penal do inimigo, em contraposição ao direito penal dos cidadãos).

Dentro do monismo, a opção que corresponde à justificativa da existência do próprio Estado é o modelo personalista, pois uma justificação coletiva, sobreposta à individual, dota o Estado da condição de sujeito de direitos que não parece algo desejável.

Acontece que todas essas tendências foram progressivamente se intensificando, radicalizando e aprofundando a tal ponto que hoje nenhuma delas mais satisfaz ou corresponde diretamente à opção política aqui adotada.

O monismo personalista – opção preferencial – defendido, entre outros, pelos participantes da chamada Escola de Frankfurt,[123] especialmente em comentários desses autores, foi incorporando características de negação à intervenção penal no âmbito de bens jurídicos coletivos e sendo associado à ideia central daquela escola, de defesa de um Direito penal nuclear, clássico, voltado apenas à intervenção em casos de bens jurídicos individuais claramente identificados e, o que é pior, remetendo os demais casos para um *direito de intervenção*, de caráter não penal, o que aproxima-se muito de um dualismo já para fora do bem jurídico, expresso sob a forma de dois direitos de intervenção, um dito penal e outro não penal, mas ambos forçosos, estatais e interventivos, ainda que em diferentes medidas.[124] Essa parece ser uma bipartição perigosamente próxima do chamado *direito penal de duas ou três velocidades* proposto por Silva Sánchez,[125] que pelas mesmas razões que qualquer dualismo – abertura à seletividade preconceituosa – há de ser rechaçado.

Por outro lado, o monismo coletivo, com a ideia de prevalência do interesse público ou coletivista, em certa medida associada a um perfil de esquerda radical, sofreu o duro baque da derrocada do comunismo como política de Estado. O fracasso das experiências socialistas no mundo inteiro enfraqueceu a defesa de um ponto de vista de primazia do coletivo mesmo em detrimento dos interesses individuais. O último intento político criminal de desenho de um perfil de política criminal baseada na defesa exclusiva dos interesses coletivos é o apresentado por Baratta em sua *Criminologia Crítica*.[126]

A grande dificuldade aqui é que a proposição padece de um grave déficit de realidade, consistindo, em geral, em um desenho utópico de Direito penal que não se coaduna com a necessidade imediata de resolução de problemas entregue cotidianamente aos operadores do direito. Esse ponto de vista constitui, sem dúvida, uma perspectiva desejável, porém, distante, que serve perfeitamente como referente de longo prazo, mas que não exime da necessidade de conformar, a nível imediato, com o meio-termo de um Direito penal mínimo, que contempla a intervenção penal em defesa de bens jurídicos exclusivamente individuais.[127]

Por sua vez, o dualismo, visto hoje em dia com simpatia por boa parte da doutrina, é realmente uma fórmula fácil para a promoção do ingresso de novos interesses no campo do justificável para a intervenção jurídico penal. O esforço tem se dirigido à formulação de vários distintos critérios segundo os quais estaria justificada a proteção de bens jurídicos coletivos, critérios estes não aplicáveis igualmente aos bens jurídicos individuais. Daí o dualismo.

Essa fórmula fácil é prototipicamente fadada ao fracasso. As razões para isso são as seguintes: em primeiro lugar, os critérios de filtro dos chamados bens jurídicos coletivos ou estão referidos aos interesses próprios dos seres humanos, ou não, quer dizer, ou tem um paradigma antropocêntrico, ou não. Caso não tenham, serão dificilmente legitimáveis, já que o direito é, antes de tudo, uma aventura *de humanos e para humanos*. Por outro lado, se utilizam um paradigma antropocêntrico, não se enxerga por que a necessidade de um dualismo, já que tais critérios poderiam ser coerentemente empregados para a filtragem de bens jurídicos individuais; em segundo

lugar, um dualismo que abrigue tendências coletivas autojustificantes tende a oferecer ao Estado a possibilidade de uma justificação de intervenção intrínseca, convertendo o Estado em sujeito de direitos, muitas vezes em detrimento das pessoas, que são sua razão última de existir; finalmente, a adoção de um paradigma comum entre o interesse individual e o coletivo conduz a uma redução no âmbito da intervenção, ou seja, a uma obrigatória contração do sistema, que deve ser vista de modo positivo.

5.1 O fragmentário panorama atual das tendências sobre a legitimidade ou não proteção de bens jurídicos coletivos

Como característica própria da pós-modernidade, a discussão antes restrita ao dualismo e monismo, e dentro desse a duas tendências, fragmentou-se,[128] de modo que é possível apresentar várias tendências monistas e várias tendências dualistas, situando-se, nos extremos, o monismo personalista, por um lado, e o dualismo de outro.[129] Por outro lado, a própria questão de ser um único conceito ou serem dois diluiu-se frente a outro aspecto central da discussão: deve ou não o Direito penal ocupar-se dos bens jurídicos coletivos? Em caso positivo, quais? Segundo que critérios?

Assim, na apresentação que aqui se fará, a divisão deixa de ser entre monismo e dualismo – existência ou não de dois conceitos de bem jurídico – e passa a ser funcional, ou seja, se os bens jurídicos podem ou não ser objeto do interesse jurídico penal e, em caso positivo, que critérios devem ser adotados para selecionar os bens jurídicos coletivos que podem ou devem ser inseridos em tal campo.

Partir-se-á, portanto, desde uma perspectiva negativa até a mais positiva a respeito de tal admissibilidade.

5.1.1 O desenho atual do monismo personalista

Adotada pela Escola de Frankfurt, a tendência chamada monista personalista incorpora atualmente muito mais aspectos do que simplesmente a prevalência do interesse individual sobre o coletivo. Vai mais além, afirmando a total incapacidade do Direito penal de intervir em face dos chamados *novos riscos*.

Comenta Figueiredo Dias,[130] que o monismo personalista tornou-se uma espécie de “denominador comum” da Escola de Frankfurt, vinculada a um perfil próprio do patrimônio ideológico do Iluminismo Penal, e que vincula-se à ideia de que só é possível identificar um autêntico bem jurídico-penal se ele pode ser traduzido como expressão de um interesse individual.

Nesse sentido, o entendimento seria de que o Direito penal simplesmente não é capaz de desempenhar qualquer papel com relação ao enfrentamento de perigos globais e fenômenos massivos e que “o emprego do direito penal para minimizar os perigos científicos e tecnológicos teria exclusivamente um caráter simbólico”,[131] sendo, portanto, inviável a referência penal a bens jurídicos coletivos.

Já é amplamente conhecida a crítica de Hassemer, principal expoente da Escola de Frankfurt, no sentido de que o moderno Direito penal tem impulsionado o legislador a subverter o emprego da categoria bem jurídico, deixando de tratá-la como uma barreira contra a intervenção jurídico-penal e convertendo-o em uma justificativa para a intervenção.[132]

Em princípio, a duvidosa titularidade de determinados bens jurídicos põe em cheque a capacidade limitadora dessa categoria para o sistema punitivo.[133]

Em contrapartida, a aceitação da incorporação de novos bens jurídicos universais conduziria, na opinião de Hassemer, à conversão do Direito penal não em *ultima ratio*, mas sim em *prima ratio* ou *sola ratio*,[134] pelo que haveria que se propor ao Direito penal contentar-se apenas com a proteção de bens jurídicos individuais ou onde claramente estivesse identificada uma individualização de seu aspecto coletivo, razão pela qual bens que são universais, impossíveis de concreta individualização, tais como o ambiente, a economia popular, e tantos outros, estariam fora do âmbito de intervenção justificada do Direito penal.[135]

Toda essa classe de problemas, para tal concepção, deve ser remetida para o âmbito de um *direito de intervenção*.[136]

A opção pelo Direito penal nuclear parece criticável em três aspectos: padece de um grave déficit de realidade, uma vez que a realidade da sociedade atual é a convivência com o risco de ordem coletiva; não isenta de riscos, uma vez que propõe

como alternativa a dualidade do sistema persecutório, transferindo parte dos problemas penais para um direito de intervenção; e deixa à margem do Direito penal situações de clara urgência para o interesse humano, como o ambiente, por exemplo.

5.1.2 *Teoria social ou sociológica dos bens jurídicos*

É Hefendehl quem nomina a sua proposta a respeito da delimitação da referência penal a bens coletivos de *teoria social dos bens jurídicos*, e isso em referência à ideia central que a norteia, que é de uma oposição ao monismo personalista, no sentido de defender que o direito penal deve ser um direito *socialmente integrado*, o que significa "um direito penal que leva em conta a sociedade e, logicamente, cada um de seus membros, sem privilegiar parte deles".[137] Para Hefendehl, o monismo personalista está associado a um Direito penal clássico e, nesse sentido, está voltado a um perfil de proteção da propriedade privada.[138]

Para Hefendehl,[139] uma verdadeira teoria do bem jurídico *de esquerda* deveria contemplar não apenas o objeto que será protegido, mas também o respectivo titular desse bem.

Hefendehl[140] parte de apontar como crítica ao modelo de defesa exclusiva de bens jurídicos individuais uma base de orientação política liberal, no mau sentido da palavra, para defender que o eixo atual do verdadeiro interesse que justifica a intervenção penal é fundamentalmente transcendente a meros interesses individuais. Com isso, põe em cheque, sem dúvidas, a proteção de bens jurídicos individuais, salvo se coletivamente isso está justificado.

Daí a conexão estreita com um mecanismo monista coletivo.

É induvidoso que Hefendehl avança e detalha muito a fórmula de justificação da referência aos bens jurídicos coletivos.

Assim, o autor[141] inicia por diferenciar os bens jurídicos individuais dos coletivos, segundo o número de pessoas a que servem, segundo o volume de interesses atendidos. Os bens jurídicos individuais atenderiam aos interesses de uma única pessoa, ou a um grupo determinado de pessoas, enquanto que os bens jurídicos coletivos atenderiam aos interesses da generalidade das pessoas. Assim, em suas

palavras, “um bem é coletivo, quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos sob a forma de cotas”.[142]

Como se nota, Hefendehl chama de bens jurídicos individuais aquilo que comumente se denomina bens jurídicos transindividuais.[143]

A partir de uma forte crítica ao protecionismo representado pelo emprego do Direito penal em favor de grupos determinados de pessoas, entende deslegitimada a proteção de bens jurídicos transindividuais, os quais inclui entre os individuais.

A exclusão da proteção de determinados bens jurídicos em favor do interesse de um grupo determinado de pessoas conduz a exigir, do ponto de vista da proteção de bens jurídicos individuais, o reflexo de um interesse coletivo, no sentido dos critérios pelos quais o autor identifica a legitimação dos bens jurídicos coletivos.

Hefendehl oferece uma série de critérios de identificação dos bens jurídicos, bastante mais detalhados que a doutrina em geral.

Em primeiro lugar, coloca a característica da *inexcluibilidade*, ou *não exclusividade*, que significa que ninguém pode ser excluído do seu uso, ou seja, o bem jurídico verdadeiramente coletivo está disponível para todos, não podendo ninguém ser excluído do seu consumo.[144]

Adiciona a característica da *irrivalidade do consumo*, o que significa que a exploração do bem jurídico coletivo por alguém não diminui as possibilidades de que outro igualmente o desfrute.[145]

Em terceiro lugar, acrescenta a característica da *não distributividade*, que significa a impossibilidade completa de dividi-lo em partes e atribuir uma porção a cada indivíduo.[146]

Para Hefendehl,[147] são exemplos de bens jurídicos coletivos a segurança na circulação da moeda e a paz pública.

Mas o autor vai além em sua legitimação dos bens jurídicos coletivos, defendendo que estes podem ser divididos em dois subgrupos, cuja relevância penal é igualmente presente: aqueles que pertencem à sociedade em geral e aqueles que pertencem ao Estado.[148] Assim, são bens jurídicos coletivos pertencentes à sociedade aqueles que criam espaço para a plena realização dos indivíduos e são bens jurídicos

coletivos pertencentes ao Estado aqueles que o protegem e promovem as condições necessárias para o seu efetivo funcionamento.

Finalmente, cumpre referir que Hefendehl encontra no conceito *confiança socialmente relevante*[149] a fonte de legitimação tanto dos bens jurídicos pertencentes à sociedade quanto dos bens jurídicos pertencentes ao Estado.

Em linhas gerais, o resultado final coincide com o resultado da proposta de Schünemann. Ou seja, o que se pode pretender como referência válida para a intervenção penal é somente aquela que se justifica pela referência "em primeiro lugar, aos bens necessários para os indivíduos para o seu livre desenvolvimento, mas não os bens usurpados em detrimento de outros e, logo, os bens compartilhados por todos, necessários para a proveitosa vida em comum".[150]

5.1.3 Teoria dos bens jurídicos intermediários

Há quem defenda[151] um modelo dualista em que ao lado do filtro tradicional dos bens jurídicos individuais, é possível a adoção de uma fórmula diferente para a proteção de bens jurídicos coletivos.

Segundo esse ponto de vista, os bens jurídicos estariam legitimados para figurar como objeto de atenção jurídico penal quando pudessem ser identificados como *valores meios* ou como *instrumentos* de realização dos valores essenciais, tais como vida, liberdade e propriedade.

Ou seja, ao lado dos bens jurídicos tradicionalmente reconhecidos como direitos individuais, seria possível legitimar a intervenção penal contra ofensas aos bens jurídicos que servissem como instrumentos ou meios de realização daqueles interesses primordiais. Daí seu caráter *intermediário.*

Perceba-se que essa tese valora como legítima a intervenção penal em situações que, de um ponto de vista individual, jamais poderiam ser reconhecidas como ataques a bens jurídicos. Por vezes, a proteção é de valores meramente instrumentais, como a ordem pública ou a economia popular.

Tiedemann,[152] tendo o foco no Direito penal econômico, foi quem propôs a categoria dos bens jurídicos intermediários,[153] como algo completamente autônomo

em relação aos bens jurídicos individuais, reconhecendo como justificada, desde um ponto de vista da danosidade social, a intervenção penal na salvaguarda do sistema de crédito ou da liberdade de concorrência.

Essa tese, de caráter evidentemente dualista, divide os bens jurídicos que, em sendo objeto de ataque podem justificar uma reação jurídico penal em bens jurídicos individuais, essenciais e bens jurídicos coletivos. Estes últimos estariam legitimados a figurar como objeto da atenção jurídico penal sempre e quando representem o meio através do qual se promove a plena realização dos primeiros.

5.1.4 Teoria dos bens jurídicos coletivos autônomos

Também existe quem reconheça[154] que certos bens jurídicos coletivos têm tanta legitimidade quanto os individuais no que tange à sua necessidade de proteção jurídico-penal, sem prejuízo ao marco de um modelo de sistema penal orientado a um Estado social e democrático de Direito. Reconhecem esses autores uma legitimidade própria dos bens jurídicos coletivos e uma justificação para a intervenção jurídico-penal fundada em bases diversas das empregadas para justificar dita intervenção em salvaguarda de bens jurídicos individuais.

Para tanto, tais autores procuram identificar nos bens jurídicos coletivos características próprias, critérios próprios, que identifiquem que a *ratio* de sua proteção seja legítima.

Assim, por exemplo, Figueiredo Dias[155] entende que será legítima a tutela subsidiária de bens jurídicos coletivos enquanto tais, desde que tal bem jurídico possa ser gozado livremente por todos e cada um, sem que ninguém seja excluído em função de tal gozo. O exemplo claro dessas características é o ambiente. Qualquer pessoa pode desfrutar do ambiente e o seu uso não diminui em nada a possibilidade de que outro possa igualmente desfrutar desse bem.

As características de identidade do bem jurídico coletivo cuja proteção penal estaria justificada seriam, portanto, a *inexcluibilidade* e a *irrivalidade do consumo*. Tais características são igualmente apontadas por Hefendehl, como visto anteriormente, com a diferença de que o autor alemão faz restrições críticas à

proteção de bens jurídicos individuais, pelo que separa-se da tendência aqui apontada, afastando-se, segundo se avalia, de um perfil estritamente dualista.

5.1.5 Referência monista humanista. Uma tomada de posição a respeito dos ben jurídicos coletivos

O ponto de vista adotado no presente trabalho parte de uma constatação essencial: o equívoco primevo da discussão sobre bem jurídico é tomá-lo como um elemento dotado de um conceito.

A própria exigência de um conceito para o bem jurídico é um equívoco, um falso problema. Mais ainda, tomar como necessária a existência de um conceito único ou de uma duplicidade de conceitos para referir ao bem jurídico individual ou coletivo, ou ainda a filigrana de definir um conceito de bem jurídico coletivo para separá-lo de um bem jurídico transindividual.

A questão é que o bem jurídico prescinde completamente de um conceito, já que, de conceito teórico, há de converter-se quase que em um princípio ou postulado.[156]

Não é necessário conceituar, por exemplo, o tipo desde um ponto de vista formal, bastando indicar os princípios que deve obedecer (da legalidade) e as funções que deve cumprir, bem como dotar-lhe de conteúdo. Não é necessário, porém, um conceito que o esgote descritivamente. Como toda a estrutura teórica baseada em um modelo comunicativo, o essencial deixa de ser a possibilidade de descrição, para ser a possibilidade de compreensão.

Do mesmo modo, não é necessário conceituar o tipo desde um ponto de vista material, convertendo-se a referência ao bem jurídico, em uma expressão dogmática do princípio de intervenção mínima, estando a ele vinculada. Dessa forma, o bem jurídico não carece de um conceito, mas sim de um delineamento, de um conteúdo axiológico que permita identificá--lo como referente de recorte da dimensão material do tipo, aqui tratada como pretensão de ofensividade do tipo de ação.

Portanto, o equívoco da discussão está em pretender um conceito para o bem jurídico.

O que se deve ter, isto sim, é um conteúdo de requisitos para que se possa

identificar a validade do bem jurídico como elemento de preenchimento da dimensão material do tipo de ação e, ao mesmo tempo, de um instrumento de recorte na legitimidade da intervenção do sistema punitivo.

Dito isso, é preciso reconhecer que alguns dos problemas mais importantes da sociedade atual afligem interesses ou bens coletivos ou transindividuais.

A questão a saber passa a ser se é possível manter um referente único de características exigíveis para que um bem jurídico coletivo e outro individual sejam igualmente dignos de figurar dentre os interesses penalmente regulados, ou se é necessário estabelecer critérios diferentes para que os bens jurídicos individuais sejam selecionados e os bens jurídicos coletivos sejam selecionados para tal inclusão. Nisso residem os atuais monismo e dualismo.

A opção assumida aqui é por uma concepção monista. Entendo que os critérios tomados para identificar a legitimidade do bem jurídico para justificar sua inclusão na esfera jurídico--penal devem ser os mesmos tanto para os bens jurídicos individuais, quanto para os não individuais (onde se incluem coletivos e transindividuais).

Quais seriam, então, esses critérios? Aqueles que correspondem ao modelo de um Direito penal de base democrática, ou seja, somente podem ser objeto de incriminação ataques graves a bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento humano em sociedade. Do mesmo modo que a vida ou integridade física são bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento do ser humano, e de caráter individual, o ambiente também é, porém, é sem dúvida um bem jurídico coletivo.

Outrossim, os níveis de ataque à vida ou ao ambiente podem ser distintos, tanto em gravidade quantitativa quanto qualitativa. Assim, o bem jurídico ambiente pode ser vilipendiado desde que o ataque não seja quantitativa ou qualitativamente grave o suficiente para justificar a intervenção penal. Note-se que o mesmo acontece com os bens jurídicos individuais: embora a tolerância para com os ataques ao bem jurídico vida no modelo do Direito penal brasileiro, de matriz ibérica, seja muito estreita, a ponto de incriminar-se a eutanásia, por exemplo, no que tange ao bem jurídico integridade física existe um amplo limite de tolerância antes do ingresso em cena do sistema penal.

Assim, do mesmo modo que algumas ofensas físicas ou à saúde de escassa gravidade sequer ingressam na esfera material do tipo de ação, também alguns maus-tratos de plantas ou poluições de escassa monta tampouco ingressam no âmbito de justificação da incriminação típica por falta de pretensão de ofensividade.

Muito próximo dessa concepção, especialmente no que tange à sua identidade compreensiva, com o abandono da ideia fundante de um conceito para o bem jurídico, está a posição adotada em Portugal por Augusto Silva Dias.[157]

Silva Dias toma por ponto de partida "a teoria habermasiana da sociedade como mundo da vida e como sistema"[158] para defender a ideia de que a intervenção penal somente se valida nas sociedades democráticas atuais a partir da interação comunicativa dos quadros de mundo da vida.

A partir disso, resta estabelecido que qualquer bem jurídico, para justificar a intervenção penal, depende de ser socialmente compartilhado, ou seja, depende de uma valoração jurídico-penal de matriz intersubjetiva.

As bases da estrutura de validação do sistema penal seriam, então, o mundo da vida moderno, a intersubjetividade comunicativa e o reconhecimento recíproco.[159]

Assim, somente poderiam ser legítimos bens jurídico penais aqueles que se fundamentam em uma estrutura inter-relacional, vale dizer, que sejam socialmente fundamentais para o desenvolvimento das pessoas.

Contrario sensu, ficariam fora do âmbito de legitimação todos os bens jurídicos, independentemente de seu caráter coletivo ou individual, quando não possuíssem a qualidade de validação inter-relacional, quer porque representam um interesse unitário, não compartilhado, quer porque realizam mero interesse de funcionamento do Estado.[160]

Os bens jurídico-penais seriam

> "objetos de valor experimentados como fundamentais pela comunidade de sujeitos na perspectiva de sua realização individual e social. O referente pessoal significa que só merece o qualificativo de bem aquele objeto tido consensualmente como valioso pela comunidade e só são susceptíveis de

> lograr esse consenso os objectos [sic] que possuem um valor de utilidade para a realização dos sujeitos participantes, de tal sorte que sua lesão possa ser valorativamente experimentada como um dano ou perda".[161]

Essa proposição é corretamente assinalada por Silva Dias como válida tanto para bens jurídicos individuais quanto supraindividuais. Assim, tanto a vida e a integridade física, quanto o Estado ou a ordem econômica, como elementos essenciais à autorrealização das pessoas, estão igualmente legitimados.[162]

Silva Dias entende que todas as pessoas são igualmente titulares desses bens jurídicos, diferenciando-se apenas a questão da sua disposição, que traduz uma diferenciação entre uma dimensão individual e outra coletiva.[163]

Aí estaria, segundo se pode entender, a fundamentação para que determinados crimes da esfera tributária, que, por um lado, não comprometem a economia popular em geral de modo grave e, por outro, não contemplam uma complexidade de bens jurídicos derivados de um crime-meio de falsificação, fossem afastados da esfera de legitimação.[164]

Essa opção faz, por um lado, com que se contraia a intervenção penal no ponto de vista individual, fazendo com que cesse a legitimidade da intervenção penal; quando o bem jurídico individual afligido não é qualitativa e quantitativamente imprescindível para o desenvolvimento social do seu titular. Essa é a razão de que os furtos de pequeno valor, sem violência, deixem de ser interpretados como matéria penal.

Por outro lado, ele dota de legitimidade vários âmbitos de interesse transindividual e coletivo, já que não se pode deixar de identificar, por exemplo, que certas aflições ao ambiente ou à economia popular são dignas de gerar intervenção penal. Desde que, é claro, sua magnitude qualitativa e quantitativa represente um ataque grave o suficiente a um bem jurídico essencial para o desenvolvimento social dos seres humanos. Perceba-se que a diferença aqui para o bem jurídico individual reside simplesmente em que ao invés de considerar-se a efeitos de magnitude, a aflição a *um ser humano*, considera-se a aflição *a seres humanos* (bens jurídicos transindividuais) ou *aos seres humanos, à humanidade* (bens jurídicos coletivos).

Portanto, o filtro de critérios utilizado para legitimar o emprego do Direito penal na seara dos bens jurídicos coletivos coincide fundamentalmente com o critério de justificação do emprego do sistema penal para violações de bens jurídicos individuais: o seu caráter essencial para o desenvolvimento do ser humano. Ou seja, a referência essencial é o que constitui a base para o desenvolvimento social dos indivíduos. Somente são bens jurídicos dignos de proteção penal – sejam individuais, transindividuais ou coletivos – aqueles que componham um acervo essencial para o desenvolvimento do ser humano em sociedade.

Portanto, mantém-se aqui uma concepção essencialmente monista do bem jurídico, no sentido de que ele deve ser interpretado sempre – seja individual, transindividual, ou coletivo – sob os mesmos filtros, lembrando sempre tratar-se de um filtro hermenêutico compreensivo e não descritivo, portanto, insuscetível de um conceito formal.

Não se subscreve, por outro lado, a ideia que, de algum modo, possa ser autorizada a inserção de um bem jurídico coletivo ou transindividual na esfera de interesse jurídico-penal simplesmente por que seja *funcional* para a proteção de bens jurídicos individuais. Até porque, nem todos os bens jurídicos individuais gozam de idêntico grau de interesse. Não se trata, portanto, de *viabilizar o exercício de bens jurídicos individuais*, preservar interesses cuja proteção seja urgente e indispensável para o desenvolvimento humano, sejam eles viabilizadores de interesses individuais ou não.

Portanto, a concepção aqui adotada pode ser considerada uma derivação do monismo (na medida em que considera existir um filtro único para os bens jurídicos) ainda que não possa chamar-se de personalista, porquanto não põe em primeiro plano unicamente o indivíduo singularmente considerado, mas também considerado no plano coletivo, sem prevalência de um sobre outro, daí o emprego da denominação *monista humanista*.

O recorte pela referência aos bens jurídicos se relaciona, ainda, com as técnicas de tipificação, pois não se trata apenas de que a incriminação guarde um perfil de legitimidade em razão do bem jurídico a que vai referida, mas também em relação à

classe de ataque que aponta como sendo grave o suficiente para justificar a intervenção penal.

Com isso se quer dizer que algumas fórmulas típicas como o delito de perigo (especialmente os de perigo abstrato) ou o tipo imprudente consistem em claros adiantamentos de barreiras de imputação que devem corresponder, necessariamente e tanto quanto possível, a uma descrição típica fechada, restrita a casos absolutamente essenciais, sob pena de quando conjugadas a bens jurídicos coletivos e institucionalizados, se chegue a verdadeiras aflições do princípio de intervenção mínima.

Por último, e de forma especial, é preciso referir ao que se pode denominar de bens jurídicos coletivos *impróprios*.

Trata-se de uma fórmula especial de bens jurídicos relacionados com determinados tipos penais de perigo. Há delitos – no Código Penal brasileiro são exemplificativos os delitos de perigo comum – nos quais as avaliações sobre os critérios de identificação a respeito do bem jurídico mudam segundo se trata de uma perspectiva *ex ante* ou *ex post*, ora parecendo tratar-se de bens jurídicos transindividuais, ora parecendo tratar-se de bens jurídicos efetivamente coletivos.

Um bom exemplo é o crime de incêndio. Em princípio, se estaria tratando de um bem jurídico coletivo propriamente dito, afinal, ele corresponderia às características de um bem jurídico coletivo, tendo em vista sua *inexcluibilidade*, pois todas as pessoas têm direito à proteção de sua vida e integridade física, *irrivalidade*, uma vez que a exploração dele não diminui as possibilidades de que outro o desfrute, e *não distributividade*, já que não se sabe, propriamente, quem seria atingido, senão que o perigo é dirigido a um número indeterminado de pessoas.

Outrossim, justamente esta terceira característica é o que se perde em uma perspectiva *ex post*, já que, depois de havido o incêndio, sabe-se perfeitamente quem foi exposto a perigo e em que medida, chegando-se à *distributividade*.

Assim, parece correto identificar uma nova categoria de bens jurídicos aqui: os bens jurídicos *coletivos impróprios*, que em uma perspectiva *ex ante* são bens jurídicos coletivos propriamente ditos, transformando-se em bens jurídicos

transindividuais, ou individuais homogêneos em uma perspectiva *ex post*.

6 A FUNÇÃO DA PRETENSÃO DE OFENSIVIDADE

O ingresso da pretensão de ofensividade como uma subcategoria da pretensão do tipo de ação enquanto pretensão de relevância produz efeitos dogmáticos de recorte importantes. Sendo o conteúdo dessa categoria vinculado ao bem jurídico, esse cumpre três funções: dogmática, sistemática e interpretativa.[165]

A função *dogmática* aparece porque a transgressão da norma se explica como lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos tutelados pela lei.

No campo dogmático, o conceito de bem jurídico produz importantes efeitos, principalmente em dois pontos: as causas de justificação e a questão da validade do consentimento.

Nas causas de justificação, em geral se trata de contrapor valorativamente bens jurídicos. O demonstra o comentário de Roxin em seu *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, no sentido que "quando, por ex., nossos tribunais se deparam com o problema de se o injustamente agredido pode defender-se com uma arma ou se é de se lhe exigir que fuja, isso só aparentemente se trata de uma delimitação entre esferas de liberdade e de ação – pois até aí, a tese rigorosa de que o direito nunca precisa ceder ao injusto concede a solução mais clara".[166]

Nesse âmbito, a correta delimitação do bem jurídico é essencial para a consideração de supremacia de valores que se produz.

A situação do consentimento com relação à agressão ao bem jurídico também se encontra afetada. Isso é verificável na medida em que das diferentes teorias a respeito dos bens jurídicos podem derivar diferentes conclusões com relação à possibilidade de disposição dos bens. Adotando uma postura monista coletiva ou social, por exemplo, a existência de bens jurídicos individuais somente se justifica na medida em que esses bens reflitam um interesse coletivo. Assim, encontra-se limitada qualquer disposição de bens jurídicos sob esse fundamento. Caso seja demonstrado, nessa hipótese, que há um interesse público na preservação absoluta da integridade física de todos os cidadãos, seria punível, por exemplo, a realização de uma tatuagem ou a

realização de um orifício na orelha ou outras partes do corpo para a colocação de um brinco ou de um *piercing*.

A função *sistemática* se traduz no uso bem jurídico por referência, a partir do que se estabelecem hierarquias entre as infrações individualmente descritas na parte especial.[167] No âmbito da organização normativa, o conceito de bem jurídico serve à função de classificação, para permitir o agrupamento dos tipos penais, dentro de um corpo legislativo, segundo a espécie e a intensidade da proteção necessária. No dizer de Peña Cabrera "o sistema classificatório da parte especial tem seu assento no bem jurídico protegido".[168]

Assim, é possível constatar nos Códigos penais que as normas incriminadoras seguem sendo agrupadas segundo do âmbito de proteção do bem jurídico a que se referem (delitos contra a vida, contra o patrimônio, contra a liberdade sexual, contra a honra etc.).

Além disso, o princípio de proporcionalidade, em seu aspecto interno do sistema normativo, reflete no âmbito das sanções, exigindo que os delitos de perigo sejam apenados menos gravemente que os de lesão segundo se trate do mesmo bem jurídico, bem assim, que os bens jurídicos fundamentais como a vida sejam proporcionalmente apenados mais gravemente que os bens jurídicos cuja importância não é tão acentuada.

Nesses termos, verifica-se a importância da teoria que se adota com relação ao conceito de bem jurídico, pois que há evidentes consequências dessa escolha que se plasmam justamente aqui. Por ex., se o meio ambiente é, por si só, um bem jurídico digno de proteção, independentemente de sua relação com a vida humana, isso o faz ascender na escala de importância da proteção normativa. O âmbito da classificação dos delitos se estabelece segundo o princípio de proporcionalidade.

Ainda dentro da função *sistemática* ou *selecionadora*, a pretensão de ofensividade da norma incluída no tipo de ação é associada ao princípio de intervenção mínima, na medida em que só se admite como tipo de ação a conduta que lesione ou ponha em perigo de modo grave bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento da vítima na sociedade. Só assim esses bens jurídicos assumem o

caráter de bens jurídico-penais.

A primeira coisa necessária para justificar a criação de uma norma incriminadora é a demonstração de que a conduta incriminada representa de algum modo um dano ou ao menos um perigo a um bem jurídico.

A limitação pelo bem jurídico atinge aos dois processos de criminalização: tanto a criminalização primária quanto a secundária. Portanto, tanto o legislativo, na hora de estabelecer que condutas serão incriminadas, terá que demonstrar, mediante a formulação do enunciado típico, que está presente a proteção de um bem jurídico contra um dano ou um perigo, quanto o judiciário, no momento de aplicar a norma ao caso concreto, deverá demonstrar que sua aplicação se justifica diante da ocorrência concreta de um dano ou um perigo a um bem jurídico dignos de proteção penal, tanto de um ponto de vista quantitativo quanto qualitativo.

No dizer de Orts Berenguer e González Cussac,[169] "a pretensão de relevância estabelece se a ação examinada pertence àquela classe de ações descritas na lei como lesivas". E, como consequência, temos que "só são relevantes para o Direito penal as ações que lesionam ou põem em perigo bens juridicamente protegidos".

Assim, a pretensão de ofensividade é a realizadora, na prática, da concreção do princípio de intervenção mínima.

Aqui, o intérprete se vê compelido ao estudo do bem jurídico, de sua relevância e da identificação da classe de ataque que se perpetra contra ele, tudo no escopo de afirmar ou infirmar a existência do tipo de ação.

Se o que se preconiza como missão para o Direito penal é controle social do intolerável exercido mediante a proteção seletiva de bens jurídicos, a referência a estes resulta indispensável.

A adoção da referência ao bem jurídico já demonstra, de antemão, as conexões entre a postura aqui adotada e a perspectiva teleológico-funcional da teoria do delito. Não se pode estruturar a atribuição de responsabilidade penal sem a dimensão do bem jurídico, o que afasta claramente qualquer traço de união possível com a ideia de que o Direito penal tem sua missão resumida à estabilização normativa. Nenhuma construção jurídica que despreze a questão do bem jurídico tem possibilidade de

afirmar-se como minimalista ou garantista.[170] Definitivamente, a pretensão de relevância da norma não pode ser explicada sem referir-se ao bem jurídico.

Finalmente, há uma função *interpretativa*. Sendo o bem jurídico a base sobre a qual se estrutura o tipo penal, será a partir de onde se inicia o trabalho de interpretação.

A tarefa da hermenêutica jurídico-penal moderna é reinterpretar as categorias dogmáticas segundo o leme político-criminal. Assim, a adequada compreensão da norma deve ter por elemento referencial o ponto que sintetiza os objetivos do Direito penal, ou seja, a proteção de bens jurídicos.

Cumpre notar, como faz Jescheck,[171] que no âmbito da função interpretativa, o conceito do bem jurídico não se confunde com a mera intenção do legislador, e sim representa um pressuposto de validade e legitimidade normativa.

7 CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS QUANTO AO RESULTADO PRODUZIDO PARA OS BENS JURÍDICOS

O Direito penal, ao proteger o bem jurídico, *não só exige uma pena no caso de sua lesão, como também no caso da colocação em perigo* dos mesmos. O perigo pode dar azo a delitos de *perigo concreto* (*v. g.*, a exposição ou abandono de pessoas em situação de risco à vida ou à saúde), onde, por exigência da pretensão conceitual de relevância, deve estar presente um perigo identificado, real e efetivo, ou delitos de *perigo abstrato* (*v. g.*, fabricar, armazenar, ou ter em seu poder materiais explosivos sem a devida autorização legal), onde os bens jurídicos que o Direito protege (vida, integridade corporal etc.) não se estabelecem diretamente na pretensão conceitual de relevância, aparecendo apenas como uma consequência provável estatisticamente.

Ainda que em todos os *delitos de resultado* se exija uma “lesão do bem jurídico”, essa pode ser uma *efetiva lesão* (delito de resultado material), ou sua *colocação em perigo*[172] (delito de perigo). Sobre estes últimos há muita insegurança. Deve-se reconhecer que a regulação desses delitos tem uma importância “político criminal”. Eles, de regra, têm em sua estrutura de base os chamados *bens jurídicos difusos* (delitos de condutas perigosas para a vida, como o meio ambiente, a

segurança no tráfego automotor etc.), cuja importância, na sociedade reflexiva[173] em que vivemos, é inegável.

Os delitos de perigo, porém, não estão isentos de problemas.

Um deles é a fundamentação do castigo das hipóteses de tentativa. Em todos os delitos de resultado cabe tentativa, e é mais viável entender seu castigo no caso dos delitos de resultado efetivo (*v. g.*, o homicídio), pois a tentativa seria a colocação em perigo desse bem jurídico que, no delito consumado, sofreria uma lesão. Por outro lado, nos delitos de perigo concreto ou abstrato, estar-se-ia castigando "o perigo do perigo". Uma situação como essa põe em cheque a possibilidade de punir a tentativa, uma vez que se estaria adiantando demasiadamente as barreiras de imputação, alcançando situações em que a aflição do bem jurídico seria muito remota. Assim, embora seja tecnicamente possível, são muitíssimo restritas as hipóteses de viabilidade de tentativa de crimes de perigo abstrato.

A punição da tentativa, que *per definitionem* não produz a lesão do objeto da ação, porém, não está em contradição com a teoria de proteção dos bens jurídicos. É que na tentativa a ação delitiva se inicia, mas não se consuma; porém, os atos de execução do delito se orientam à lesão de um bem jurídico. Nesses casos, não se renuncia à exigência de proteção de bens jurídicos porque essa se estabelece mediante um duplo desvalor: desvalor de ação e de resultado. Na tentativa, estamos diante de um desvalor de ação idêntico ao do crime consumado e, ainda que não exista uma lesão ao bem jurídico, existe sim, um perigo, que compreende o desvalor do resultado próprio do intento delitivo.

Na verdade, mesmo um Direito penal voltado à proteção de bens jurídicos também objetiva com suas proibições assegurar "valores da ação", como o respeito à vida, à propriedade alheia etc.[174] Isso é totalmente correto, na medida em que a manutenção de valores da ação também serve para a proteção de bens jurídicos.

8 RESUMO DO TIPO DE AÇÃO

Em resumo, a primeira pretensão de validez normativa a ser identificada, a pretensão de relevância, pois, deve ser entendida em dois aspectos: como uma

pretensão conceitual de relevância, o que presume uma adequada compreensão da formulação linguística com que se define o tipo de ação na lei e evidências de que a situação de realização física identificada seja efetivamente aquela que se ajusta à concepção genérica de ação adotada pela lei na expressão do tipo e como uma pretensão de ofensividade que se traduz em identificar o dano ou perigo a um bem jurídico que justifica a inclusão da situação em apreço no catálogo incriminador.

Martínez-Buján Pérez, em seu trabalho de análise da proposta de Vives Antón, fixa justamente a correspondência entre essa pretensão normativa e as categorias delitivas com que estamos familiarizados, de modo extremamente didático, ao afirmar que "no seio da categoria básica do tipo de ação, vinculada à pretensão geral de relevância, é possível distinguir duas subcategorias diferentes: por um lado a tipicidade, ligada à pretensão conceitual de relevância; por outro lado, a antijuridicidade material, ligada à pretensão de ofensividade".[175]

Assim, com a adoção do tipo de ação como primeira pretensão de relevância normativa sobre a qual se equilibra o sistema de imputação chega-se à conclusão de que o reconhecimento do tipo e, com ele, dos seus limites dados pelo princípio de legalidade (pretensão de relevância) e de intervenção mínima (pretensão de ofensividade), já resta delimitado, de entrada, o alcance normativo da imputação referida.

Ou seja, quando analisamos uma situação concreta pretendendo aferir se essa corresponde ou não a uma responsabilidade penal, esse processo encontra seu ponto de partida na determinação do tipo em suas características de relevância e ofensividade.

Daí que cada tipo penal terá sua relevância e sua ofensividade como características determinadas pela configuração formal e material de seus elementos, razão pela qual o sentido de uma ação típica resulta contido nos limites prévios de relevância e ofensividade daquele tipo.

1 Cf. ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luiz. *Compendi Derecho penal (parte general y parte especial)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 155; e MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 151.

2 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 484.

3 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos*... cit., p. 484.

4 Veja-se, a respeito: MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. La "concepci significativa de la acción" de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionais del delito. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord.: Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001. p. 1161-1162.

5 SCHÜNEMANN, Bernd. ¡El Derecho penal es la *ultima ratio* para la protección bienes jurídicos!" *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007. p. 254.

6 Feuerbach referiu expressamente que "quem excede os limites da liberdade jurídi comete uma *lesão jurídica* ou *injúria*. Quem lesiona a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada mediante leis penais, comete um *crime*". FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p 55.

7 Conforme comenta Schünemann: "Mediante considerações jusnaturalistas, pode s desenvolvido um conceito de delito que não esteja à mercê do legislador e seja definido pelo dano social provocado aos bens naturais ou sociais dos membros da sociedade". SCHÜNEMANN, Bernd. ¡El Derecho penal es la *ultima ratio*... cit., p. 255.

8 Aqui, por evidente, já se está falando de formulações de sistema de imputação, po a considerar o período precedente às formulações analíticas do delito, nos remeteríamos ao que Schünemann, com acerto, denomina de *sociedades mágico-primitivas*, onde basta a relação de causalidade para a geração de responsabilidade, cujos efeitos ainda se espraiam, segundo o autor, no sistema do *Common Law* e em alguns regimes totalitários. Cf. SCHÜNEMANN, Bern

¡El Derecho penal es la *ultima ratio*... cit., p. 251-252.

9 Cf. BIRNBAUM, Johann Michael Franz *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. de Jose Luiz Guzmán Dalbora Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.

10 Cf. LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. 4. ed. Trad. de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1999. t. II, p. 7 ss.

11 Confira-se em BELING, Ernst von *Esquema de Derecho penal. La teoría del delito-tipo*. Trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 78, onde o autor refere que "Todo delito tipo traça fundamentalmente o quadro de um acontecimento vital de determinada classe, e conta com que o exame dos fatos humanos estabeleça se estes correspondem a este quadro".

12 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid; Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 398.

13 Idem, p. 403.

14 Assim noticia Roxin em Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. de Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicent Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 293.

15 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p 66.

16 Confira-se em Hans Welzel. *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1962. p. 11. A tradução foi republicada em um volume que compila artigos publicados por Welzel, como: WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006. p. 201.

17 Para detalhes sobre as dificuldades de afirmação da teoria social da ação veja-se BUSATO, Paulo César. *Direito penal & ação significativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 25-34.

18 Um intento parecido com o de Welzel para dotar de certo conteúdo material o conceito de ação finalista foi empreendido mais recentemente por Zaffaroni, ao tentar relacioná-lo com o contexto em que se desenvolvem. Veja-se, sobre isso: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandr *Derecho penal. Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Aidar, 2002. p. 416 ss.

19 A notícia sobre o trânsito da situação dogmática da adequação social em Welzel está em Claus Roxin. *Derecho Penal...* cit., p. 293. Há análise detalhada das distintas posições assumidas pela adequação social no trabalho de Welzel em excelente monografia publicada no Brasil, apresentada originalmente como trabalho de titularidade na USP, publicada como SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em Direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 116-135. Não se pode passar por alto que a concepção de adequação social, tal como formulada por Welzel, era uma teoria perfeitamente ajustada às pretensões do Direito penal nazista, para deixar impune as condutas típicas que, no entanto, encontravam ajuste no "são sentimento do povo alemão", conforme foi amplamente exposto e criticado por Javier Llobet Rodríguez em LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacionalsocialismo e antigarantismo penal (1933-1945)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 301-305.

20 Nesse sentido aparecem comentários em Claus Roxin. *Derecho Penal...* cit., p. 293-294. No Brasil, de modo idêntico, mas resumido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba--Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 109.

21 O autor menciona que ofereceu uma distinção insuficiente entre *adequação social* e causas de justificação em sua primeira formulação da tese, com exemplos que permearam da 4ª à 8ª edição de seu *Direito penal alemão*, em razão, a seu sentir, do uso desafortunado do tipo penal do § 240 do Código Penal alemão. Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán...* cit., p. 69.

22 O exemplo aparece em Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal...* cit., p. 109.

23 Os exemplos estão em Claus Roxin. *Derecho Penal...* cit., p. 293.

24 O exemplo é de Claus Roxin. *Derecho Penal...* cit., p. 293.

25 Aqui a referência é aos modelos que seguem a linha inaugurada por Roxin.

26 ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* cit., p. 297.

27 Para detalhes, veja-se nosso Paulo César Busato. *Fundamentos do Direito penal brasileiro*. 3. ed. Curitiba: Paulo César Busato, 2012. p. 278 ss. Assim, por exemplo: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 91.

28 Trata-se da clássica questão sobre se o Direito penal sanciona violações preexistentes a elementos materialmente importantes, compondo uma

ofensividade derivada, ou se ele tem o condão de criar, normativamente, bens a serem considerados valiosos, gerando o crime através da proibição. Esse é o tema central da monumental dissertação de Augusto Silva Dias: DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in se" e "delicta mere prohibita". Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008. A problemática é referida de modo singelo também em Nilo Batista. *Introdução crítica...* cit., 5. ed., p. 87-90.

29 Para amplos detalhes sobre essa discussão veja-se: DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in se" e "delicta mere prohibita"...* cit., especialmente p. 49-212.

30 BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho penal español. Parte general.* Barcelona: Ariel, 1984. p. 53. Há autores que preferem classificar em quatro distintas tendências, como faz Juarez E. X. Tavares em *Bien jurídico y función en Derecho penal.* Trad. de Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 15, dividindo em tendências positivista, neokantista, ontológica e funcionalista. Optamos por essa divisão dúplice, que tem em conta a fonte da ideia do bem jurídico e sua relação com a norma penal, por duas essenciais razões: evidenciar o desenvolvimento pendular, ou até mesmo espiral, que defendemos, permeia a evolução científica do Direito penal, e deixar claro que a posição adotada em relação ao bem jurídico obrigatoriamente implica em consequências no tratamento da norma penal, existindo uma relação de tensão entre os dois elementos que condiciona as estruturas dogmáticas. Ao não adotar semelhante divisão, a apresentação do tema por Tavares culmina por subdividir-se já na própria análise do conceito positivista do bem jurídico, segundo se refira ao positivismo que enxerga como fonte única do Direito a vontade do Estado expressa na norma ou ao positivismo herdeiro da Escola Histórica que busca a fonte do bem jurídico em fatores tão transcendentes à norma, como os costumes ou a vontade do povo. Com essa subdivisão, Tavares, com brilhantismo e precisão, delimita, dentro de cada uma das tendências das escolas penais em geral, diferentes perspectivas em particular correspondentes aos principais autores que trataram do tema. Cf. TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico...* cit., p. 23-24.

31 A referência histórica aparece em Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigand. *Tratado de Derecho penal. Parte General.* 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 274. No Brasil: BITENCOURT, Cez

Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 307.

32 BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual*... cit., p. 45.

33 O autor afirmava que "o crime é, em um sentido mais amplo, uma injúria contida uma lei penal, ou uma ação contrária ao direito de outrem, cominada por em uma lei penal". FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado*... cit., p. 55.

34 BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derech para el concepto de delito*. Trad. de Jose Luiz Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010. p. 55-56, onde Birnbaum, partindo da observação de Zachariä de que somente os bens e não os direitos deveriam ser classificados em inatos e adquiridos, bem como a censura que a seu tempo fez Rotteck à expressão "preservação de direitos, conclui o "inadequado, segundo a natureza da coisa, das expressões *perigo* e *lesão de direitos*", que a seu ver provocariam erros conceituais e desvantagens práticas no seu emprego jurídico-penal.

35 BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Über das Erfordernis einer Rechtverletzun zum Begriffe des Verbrechens. *Archiv des Kriminalrechts*, Neue Folge, 1834, p. 149-194, especialmente as páginas 166 ss. e 175 ss. Os comentários a respeito do posicionamento de Binding e sua oposição à tese de Feuerbach aparecem, entre outros, em Reinhart Maurach. *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. t. I, p. 201; JESCHECK, Hans-Heinric *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 231-232; PEÑA CABRE RA, Raúl. El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Códig Penal peruano). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 11, p. 37-49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico*... cit., p. 17.

36 Assim o qualifica Juarez E. X. Tavares em *Bien jurídico*... cit., p. 24.

37 Para detalhes, confira-se sua impressionante obra sobre a norma: BINDING, Karl *Die Normen und ihrer* Übertretung. *Eine Untersuchung* über *die rechtmäßige Handeln und die Arten des Delikts*. 2. ed. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1890. v. II, 1, especialmente cap. I, p. 188 ss.

38 BINDING, Karl. *Die Normen*... cit., p. 353-354.

39 BINDING, Karl. *Die Normen*... cit., p. 365.

40 LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. 3. ed. Trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20. ed. alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927. t. 2º, p. 6.

41 LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. 3. ed. Trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20. ed. alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927. t. 2º, p. 6 Convém notar que modernamente já não mais se admite a ideia de um bem jurídico "criado pela vida", ontologicamente, mas sim como um processo que envolve distintos fatores políticos, históricos etc., conforme aludem Hassemer e Muñoz Conde: "Os bens não são produto de processos naturais, mas sim do acordo social baseado na experiência. Valores tais como o matrimônio monogâmico, a propriedade, a liberdade, a honra ou a saúde são relativos, tanto desde o ponto de vista histórico como geográfico, mas também desde o ponto de vista econômico e cultural. Graficamente se pode dizer que os "bens não existem, senão que são produzidos". "O legislador, na hora de criar uma lei penal atua, dentro de sua margem de autonomia, 'configurando' os bens jurídicos, não simplesmente 'sacando-os' da realidade social e refletindo-os, nessa atuação leva a cabo uma função política e não simplesmente demográfica ou estatística." HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 111.

42 Cf. PEÑA CABRERA, Raúl. El bien jurídico... cit., p. 39.

43 PEÑA CABRERA, Raúl. El bien jurídico... cit., p. 39.

44 Para detalhes sobre a compreensão da essência do Direito penal preconizado pela Escola de Kiel, veja-se interessante tradução de trabalho dos seus principais artífices, acompanhada de amplo estudo prévio em: DAHM, Georg SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario?* Trad. de Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2011.

45 BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual*... cit., p. 50.

46 Não é, pois, um simples acaso que conecta as posturas de desprezo pelo bem jurídico nos modelos jurídico penais atuais, com tendências antidemocráticas.

47 RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Trad. de Luis Villar Borda. Bogotá Themis, 1999. p. 35.

48 Nesse sentido: TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico*... cit., p. 28.

49 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 15.

50 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán...* cit., p. 14.

51 Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I, p. 275.

52 Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán...* cit., p. 67.

53 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán...* cit., p. 66.

54 ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* cit., p. 295.

55 ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* cit., p. 294.

56 ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* cit., p. 295. No mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...* cit., p. 276.

57 Nesse sentido: ROXIN, Claus.*Derecho Penal...* cit., p. 297. Para uma análise detalhada da adequação social em Direito penal, recomenda-se a excelente tese de SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da. *Fundamentos da adequação social em Direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

58 ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem.* Belin-New York: Walter Gruyter, 1973. p. 23.

59 Veja-se: ROXIN, Claus.*A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal.* Org. e trad. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16-19.

60 Toda a extensa obra de Jakobs está vinculada a essa concepção básica, mas mere destaque, entre as vastas considerações que fez o autor em defesa de seu funcionalismo – dito sistêmico –, o capítulo II da obra: JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.* Trad. de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Thompson-Civitas, 2003. p. 47-73 Na mesma linha se inscreve o pensamento de Amelung, conforme é possível entrever em AMELUNG, Knut.*Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft.* Frankfurt-am-Main: Athenäum, 1972.

61 SAX, Walter. Grundsätze der Strafrechtspflege. *Handbuch der Theorie und Prax der Grundrechte*. Berlin: Duncker e Humblot, 1972. p. 90.

62 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 62-82.

63 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*... cit., p. 65-66.

64 "[...] o Direito penal deve refletir a ordem social, de modo que sua legitimação derive da legitimação das normas cuja vigência assegura. [...] a teoria que centra na proteção da vigência das normas a função do Direito penal não dispensa o esforço em pró de uma legitimação material de ditas normas vinculadas a consequências jurídico-penais. Agora bem, a questão é então onde e como achar os critérios de identidade da sociedade que se plasmariam nas expectativas normativas essenciais. E frente a outras possíveis compreensões, resulta razoável buscá-los na Constituição". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. L expansión do Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales. *Cuadernos Civitas*. Madrid: Civitas, 1999. p. 92-94.

65 SCHÜNEMANN, Bernd. ¡El Derecho penal es la *ultima ratio*... cit., p. 256.

66 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem melhoria de sua condição social: [...] X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; [...].

67 BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual*... cit., p. 52.

68 Hassemer, por exemplo, o considera um "Direito penal simbólico". Veja-se: HASSEMER, Winfried. Direito penal simbólico e tutela dos bens jurídicos *Direito penal. Fundamentos, estrutura e política.* Trad. de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 213 e 224-225.

69 Por exemplo, não parece legítima, porque a fórmula utilizada é prenhe de element normativos a ponto de determinar a incerteza do conteúdo incriminado, a fórmula adotada pelo art. 54 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Em seu bojo cabe qualquer ofensa a tal bem jurídico, restando impossível seu uso de modo limitado, que seria compatível com o Direito penal. Ou seja, o mesmo tipo viola ao mesmo tempo o princípio de legalidade, na vertente da certeza, e o princípio de intervenção mínima, por abrigar expressamente ofensas ínfimas que escapam à natureza penal.

70 Veja-se JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito penal: bens jurídicos a vigência da norma? *O Bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar.* Trad. de Luís Greco, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 160.

71 Veja-se: SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídi *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 86, São Paulo: Revista dos

Tribunais, set./out. 2010, p. 237.

72 Tal crítica aparece já em autores clássicos, como Welzel, quem afirma que “a missão primária do Direito penal não é a proteção atual de bens jurídicos, isto é, a proteção da pessoa individual, de sua propriedade, etc. Pois, quando entra efetivamente em ação, em geral já é demasiado tarde”. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán.* 4ª ed., Trad. de Bustos Ramirez e Sérgio Yáñez Pérez, Santiago Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 3.

73 A chamada *proposta de fuga* da categoria do bem jurídico é narrada por Hefende em HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 04-14, 2002, p. 6. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/rcpc>.

74 A crítica é de Schünemann e está em Bernd Schünemann. ¡El Derecho penal es la *ultima ratio*... cit., p. 258.

75 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción*... cit., p. 105

76 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción*... cit., p. 105

77 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 234.

78 STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal, parte general, I.* Tradução da 2. ed alemã de 1976, por Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982. p. 78.

79 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción*... cit., p. 111 Hassemer comenta que: “Desde o ponto de vista conceitual, o bem jurídico se denomina com os mais diversos nomes: ‘interesse’, ‘potencial’, ‘unidade funcional de valor’, ‘função’, ‘participação’, ‘bem vital’, ‘valor objetivo’, ‘imagem ideal’ ou ‘estado’. Essas denominações nem sempre refletem um conteúdo específico do objeto designado; são, isso sim, soluções de compromisso ou simples conceitos vazios, tais como ‘estado’, ‘interesse’ – que cada um pode rechear a seu arbítrio.”

80 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*... cit., p. 70-71.

81 Assim refere Juarez E. X. Tavares. *Bien jurídico*... cit., p. 15.

82 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*... cit., p. 71.

83 Assim o tema é entendido por Bernd Schünemann. ¡El Derecho penal es la *ultima ratio*... cit., p. 258.

84 Schünemann defende opinião intermediária, no sentido de que, se por um lado, uma concretização globalizante e simplificadora sobre bem jurídico não é aceitável, seria adequada uma construção de grupos de casos que partissem do bem jurídico em determinado contexto histórico-social, contrapondo-os à perda da liberdade produzida pela proibição penal, para fins de determinação dos limites de adequação da proibição. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. ¡El Derecl penal es la *última ratio*... cit., p. 264.

85 TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico*... cit., p. 39.

86 Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como por de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO Luís; TÓRTIMA, Fernanda (Org.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 29.

87 De um modo similar à posição aqui defendida: ROXIN, Claus. O conceito de ben jurídico crítico ao legislador em xeque. *RT*, nº 922, Trad. de Alaor Leite, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2012, p. 294-296.

88 Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos *Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p. 153-154; e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador *Fundamentos*... cit., p. 44 ss. Por essas características Carlos Martínez--Buján Pérez denomina essa perspectiva de *procedimental ou substancial*.

89 Refiro-me aqui às perspectivas que justificam o direito penal a partir do funcionalismo sistêmico as quais pretendem a substituição da concepção de bem jurídico pelas noções de estabilidade da norma, estabilidade de expectativas normativas, etc.

90 Cf. FRISCH, Wolfgang. “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputació en el contexto de legitimación de la pena estatal”. Trad. de Ricardo Robles Planas, *in* [Hefendehl, Roland, *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 326 e ss.

91 NAUCKE, Wolfgang. “Prevención general y derechos fundamentales de las personas”, Trad. de Gustavo Aboso e Tea Löw, *in* [Naucke, Wolfgang; Hassemer, Winfried e Lüderssen, Klaus] *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006, pp. 37-38 e NAUCKE, Wolfgang. “O alcance do Direito penal retributivo em Kant”, Trad de Fernanda Lara Tórtima, *in* [Tórtima, Fernanda e Greco, Luís] *Bem jurídico*

como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris 2011, pp. 77 e ss.

92 Cf. STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punil* Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thompson Civitas, 2005. p. 55-58.

93 SEELMAN, Kurt. "El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo d reconocimiento como criterios de merecimiento de pena". Trad. de Ricardo Robles Planas, *in* [Hefendehl, Roland, *La teoría del bien jurídico.* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 373 e ss.

94 FRISCH, Wolfgang. "Bien jurídico, derecho, estructura del delito...cit. pp. 309-3

95 FRISCH, Wolfgang. "Bien jurídico, derecho, estructura del delito...cit. p. 312.

96 FRISCH, Wolfgang. "Bien jurídico, derecho, estructura del delito...cit. p. 315.

97 FRISCH, Wolfgang. "Bien jurídico, derecho, estructura del delito...cit. pp. 315-3

98 FRISCH, Wolfgang. "Bien jurídico, derecho, estructura del delito...cit. pp. 317-3 e ss.

99 Remeto, para detalhes sobre o tema, ao capítulo 15 desta obra.

100 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*...cit. pp. 55-56.

101 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*...cit. p. 56.

102 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*...cit. p. 56.

103 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*...cit. pp. 56-57

104 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*...cit. p. 57.

105 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*...cit. pp. 58-59.

106 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*...cit. p. 59.

107 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*...cit. p. 59.

108 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*...cit. pp. 59-62.

109 A base do *Harm principle* remete a FEINBERG, Joel. *The moral limits of crimi law. vol. I. Harm to others.* New York: Oxford University Press, 1984, pp. 31 e ss. e FEINBERG, Joel.*The moral limits of criminal law. vol. II. Offense tc Others.* New York: Oxford University Press, 1985, pp. 3-4 e 49 e ss. e FEINBERG, Joel.*The moral limits of criminal law. vol. I. Harm to self.* New York: Oxford University Press, 1989, especialmente, pp. 98 e ss.

110 O resumo das ideias de Feinberg ilustram a opinião de Seelman em SEELMAN Kurt. “El concepto de bien jurídico... cit., p. 373.

111 SEELMAN, Kurt. “El concepto de bien jurídico...cit., p. 374.

112 SEELMAN, Kurt. “El concepto de bien jurídico...cit., pp. 374-375

113 SEELMAN, Kurt. “El concepto de bien jurídico...cit., p. 376.

114 SEELMAN, Kurt. “El concepto de bien jurídico...cit., p. 375.

115 No livro *Introdução ao Direito penal*, juntamente com Sandro Montes Huapaya.

116 O exemplo aparece em Bernd Schünemann. ¡El Derecho penal es la *ultima ratio*.. cit., p. 265.

117 O exemplo é novamente de Bernd Schünemann. ¡El Derecho penal es la*ultima ratio*... cit., p. 265.

118 Cf. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *La Teoría del Bien Jurídico.* (Org.: Roland Hefendehl.) Trad. de María Martí Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 190.

119 Cf. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico... cit., p. 191.

120 Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. ¡El Derecho penal es la *ultima ratio*... cit., p. 267.

121 Schünemann, por exemplo, afirma que “em um Estado liberal de Direito, o contro estatal dos estupefacientes só pode ter lugar para a proteção de doentes, isto é, viciados, e jovens, isto é, pessoas que não atuam livremente de modo responsável. De outro modo, se estaria renunciando à legitimação pelo princípio de proteção aos bens jurídicos”. SCHÜNEMANN, Bernd. ¡El Derecho penal e la *ultima ratio*... cit., p. 268.

122 Confira-se, por exemplo: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francis *Introducción*... cit., p. 108.

123 Veja-se: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción*... ci p. 109. Especificamente, em defesa de um monismo personalista, Hassemer refere que “os bens jurídicos universais têm, nessa medida, somente uma base, quando comprovadamente forem interesses indiretos do indivíduo”. HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal de bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (Org.)*O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21.

124 Veja-se: HASSEMER, Winfried.*Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. de

Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch 1999. p. 66-72.

125 Veja-se: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho penal*. 2. ed ampliada. Montevideo--Buenos Aires: BdeF, 2006. p. 178-188.

126 Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito penal*. 2. ed Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 202.

127 Em defesa de ponto de vista similar, em crítica à perspectiva da criminologia crítica a respeito da pena, veja-se: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007. Especialmente p. 349 a 357.

128 Nesse sentido: HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 87. Trad. de Luís Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 105.

129 Nesse sentido: HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social... cit., p. 104.

130 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 130-133.

131 SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?... cit., p. 235.

132 HASSEMER, Winfried.*Persona, mundo*... cit., p. 53-54. Veja-se também um excelente panorama crítico da distorção contemporânea do Direito penal, qualificada por Albrecht de *Contrailustração*, em Peter--Alexis Albrecht. El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostenible situación del Derecho penal*. Trad. de Ricardo Robles Planas. Granada: Comares, 1999. p. 471 ss.

133 De modo similar o comentário em Susana Aires de Sousa. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?... cit., p. 236.

134 HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo*... cit., p. 51.

135 Cf. SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco:*requiem* pelo bem jurídico?... cit., p. 236.

136 HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo*... cit., p. 69-70.

137 HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social... cit., p. 111.

138 HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social... cit., p. 109-110.

139 HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social... cit., p. 112.

140 HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social... cit., p. 112.

141 HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social... cit., p. 113-114.

142 HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social... cit., p. 114.

143 Veja-se: HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico... cit., p. 182 ss.

144 HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a Pedra Angular da Norma Penal. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 67.

145 HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a Pedra Angular... cit., p. 67.

146 HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a Pedra Angular... cit., p. 67-68.

147 HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico... cit., p. 185-187.

148 HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico... cit., p. 182-183. Note-se que, a defender esse ponto de vista, Hefendehl necessariamente reconhece o Estado como titular de direitos. Nesse aspecto, o ponto de vista do autor conflita essencialmente com a posição defendida nesta obra de que o Estado não é *em si* portador de direito algum, mas mero gestor do direito das pessoas.

149 HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico... cit., p. 190.

150 SCHÜNEMANN, Bernd. ¡El Derecho penal es la *ultima ratio*... cit., p. 259.

151 Por exemplo, Jorge de Figueiredo Dias em *Direito penal*... cit., p. 137-138.

152 Veja-se, a respeito: TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho penal económico*. Barcelona: PPU, 1993. p. 35 ss.

153 Schünemann, com anterioridade a Tiedemann, utilizou a expressão *bens jurídicos intermediários espiritualizados,* mas não com o mesmo sentido adotado por Tiedemann. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits – und Gefährdungsdelikte. *Juristische Aarbeitsblättern*, nº 7, 1975, p. 793 e 798.

154 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 138.

155 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 138-139.

156 Hassemer e Muñoz Conde na defesa do monismo personalista, já apontavam para o caráter principiológico da questão do bem jurídico. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción*... cit., p. 112: “[...] a concepção

personalista do bem jurídico luta por uma política do Direito penal vinculada a princípios e que justifique e meça suas decisões em função de se protegem interesses humanos dignos de proteção".

157 É bem verdade que alguns analistas sustentaram que a posição de Silva Dias seria por um modelo dualista de bem jurídico. Assim, por exemplo: SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?... cit., p. 238. No entanto, creio que a avaliação está equivocada. O simples fato de que o autor admita a subsunção de bens jurídicos coletivos ao âmbito da incriminação não converte sua perspectiva em uma posição dualista. O dualismo só se instaura mediante a compreensão de critérios diferentes de seleção de bens jurídicos entre os bens individuais e os coletivos. Não é isso que ocorre no sistema de Silva Dias. A avaliação equivocada de Susana Aires de Souza deriva do seu entendimento de que a característica central de um sistema monista personalista seria a *funcionalização* da tutela de bens supraindividuais, no sentido de que estes somente estariam legitimados a figurar como objeto da proteção penal uma vez que houvesse o referente individual dos bens jurídicos por trás destes. Acontece que, ao assumir a metodologia comunicativa, Silva Dias integra a dimensão dos indivíduos na ideia de intersubjetividade e faz depender dessa a validade de proteção de bens jurídicos, uma vez que não enxerga possibilidade de validação de um bem jurídico sem um titular ou vários, mas todos seres humanos, pessoas. Assim, ao contrário do que afirma Susana Aires de Souza, o sistema de Silva Dias é um aprimoramento comunicativo do modelo monista personalista que, igualmente ao que se faz aqui, converte descrição conceitual em compreensão comunicativa, mantendo o referente pessoal para a legitimação de intervenção penal diante de bens jurídicos coletivos.

158 DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in se" e "delicta mere prohibita"*... cit., p. 579.

159 DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in se" e "delicta mere prohibita"*... cit., p. 584 s

160 DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in se" e "delicta mere prohibita"*... cit., p. 646-655.

161 DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in se" e "delicta mere prohibita"*... cit., p. 656.

162 Cf. DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in se" e "delicta mere prohibita"*... cit., p. 65 658.

163 DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in se" e "delicta mere prohibita"*... cit., p. 658.

164 Reconhecendo também na proposta de Silva Dias a consequência da exclusão da legitimação de bens que teoricamente pertencem de modo exclusivo ao Estado: SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?... cit., p. 239.

165 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 233.

166 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 15.

167 COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987. p. 137, *v. g*. nos Códigos penais peruano e brasileiro, atendendo à tendência liberal que seguem suas Cartas Fundamentais, começam suas classificações atendendo aos delitos contra a vida, a integridade física e a saúde; a honra, a liberdade, o patrimônio, a confiança e boa fé nos negócios etc.

168 PEÑA CABRERA, Raúl. El bien jurídico... cit., p. 37.

169 ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luiz. *Compendio*... cit., p. 155.

170 Assim, por exemplo, todas as tendências que arrancam a partir da perspectiva sistêmica adotada por Günther Jakobs.

171 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 232 "[...] o conceito de bem jurídico não deve equiparar-se sem mais com a *ratio legis*, mas deve possuir um conteúdo de sentido real próprio, anterior à norma penal e concludente em si mesmo, pois em outro caso não poderia cumprir sua função sistemática como leme do conteúdo da delimitação do preceito penal e como contraponto das causas de justificação nas colisões valorativas".

172 José Miguel Zugaldia Espinar. *Fundamentos de Derecho penal*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 234, comenta que "os delitos de perigo concreto são aqueles que supõem a exposição de um bem jurídico individualizado ou de um conjunto deles a um efetivo risco de lesão (*v. g*. Delitos de condução com temeridade manifesta); os delitos de perigo abstrato, pelo contrário, consistem na realização de condutas que rebaixam os níveis de segurança legalmente estabelecidos para o desfrute dos bens jurídicos (*v. g*. delito de entrega de

medicamentos sem cumprir as formalidades regulamentares, *v. g*., sem receita)". Para citar exemplos da legislação brasileira, são delitos de perigo concreto, p. ex., o incêndio (art. 250 do CP) ou a exposição a perigo da vida ou da saúde (art. 132 do CP), enquanto são delitos de perigo abstrato, por ex., o porte ilegal de armas (art. 14 da Lei 10.826/03) ou a posse de substância entorpecente (art. 12 da Lei 6.368/76).

173 Sobre o tema, veja-se: BECK, Ulrich.*La sociedad del riesgo.* Trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

174 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*... cit., p. 60.

175 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação de T. S Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito.* Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007. p. 34.

Capítulo 8

A PRETENSÃO SUBJETIVA DE ILICITUDE – O DOLO E A IMPRUDÊNCIA

INTRODUÇÃO

Afirmada a pretensão de relevância de um caso, vale dizer, superadas as exigências do princípio de legalidade, expressa na pretensão conceitual de relevância e do princípio de intervenção mínima, expressa na representação de uma ofensividade suficiente para a convocação da instância penal para a valoração do caso, a etapa seguinte na realização da pretensão geral de justiça que dota a norma de validade em face do caso concreto passa a ser uma análise de caráter puramente valorativo.

Para tanto, há duas questões de alto conteúdo axiológico a serem enfrentadas: a primeira, se estão presentes os dois aspectos que compõem o ilícito penal, a saber, o objetivo e o subjetivo; a segunda, o contexto do evento, com vistas a verificar a possibilidade de cumulação entre normas proibitivas e normas permissivas, estabelecendo qual delas deve prevalecer no caso concreto.

O primeiro desses aspectos – aqui denominado pretensão subjetiva de ilicitude – consiste na afirmação concreta do ilícito penal que, sabidamente, depende (desde Von Liszt) de um lado objetivo e outro subjetivo.

O lado subjetivo do ilícito, no entanto, não cuida de uma verificação do que se passa na cabeça do agente, mas sim da afirmação axiológica de uma das garantias derivadas do princípio de culpabilidade, qual seja, a de que a afirmação de todo ilícito penal depende de aspectos objetivos e subjetivos. Não existe responsabilidade penal objetiva, daí a necessidade de demonstração da contribuição do agente com dolo ou imprudência[1] para a produção do resultado.

1 DOLO E IMPRUDÊNCIA COMO INSTÂNCIAS DE IMPUTAÇÃO

Evidentemente, o sistema de imputação não pode tratar de modo igual aquele que comete o crime intencionalmente e aquele que o comete sem querer.

Esse é um juízo de desvalor da conduta do sujeito, porquanto, mesmo que o resultado seja idêntico, necessariamente aquele caso em que o sujeito comprometeu-se com a produção do resultado é socialmente mais desvalioso que o resultado produzido sem a presença de tal compromisso. O crime será doloso quando houver o compromisso para com a produção do resultado e imprudente quando isso não estiver presente, porém, tampouco esteja presente um compromisso normativo com a evitação da produção do resultado indesejável.

Daí que a avaliação que separa as duas classes de delito é uma avaliação relacionada com o grau de desvalor da conduta em face do resultado produzido, à luz do nível de compromisso para com a produção do resultado.

É evidente, por outro lado, que nesse processo de valoração não se pode acudir a inverificáveis processos mentais ou psíquicos para descobrir o que se passava na cabeça do sujeito que realizou o delito. E isso não apenas pela obviedade de que o julgador não tem acesso a esse processo mental, mas também, principalmente, porque o juízo de valoração da conduta criminosa se dá *ex post*, quando certamente o estado mental do sujeito, mesmo que fosse magicamente acessível, já teria mudado.

Portanto, todo esquema de imputação que pretenda basear a análise de responsabilidade sobre qualquer dado ontológico está fadado, de entrada, ao fracasso.

Assim, a análise de imputação subjetiva do ilícito se dá através das regras sociais que identificam e reconhecem as intenções e a relação entre o autor e a ação.[2]

1.1 A pretensão subjetiva de ilicitude e seus fundamentos no modelo significati de teoria do delito

O sistema aqui adotado parte da concepção fundamental de que a ação não pode ser um fato específico e nem tampouco ser definida como o substrato da imputação jurídico--penal, mas sim representa "um processo simbólico regido por normas"[3] que vem a traduzir "o significado social da conduta".[4] Em resumo, as ações são

“interpretações que podem dar-se, do comportamento humano, segundo os distintos grupos de regras sociais”[5] e, portanto, elas deverão representar, em termos de estrutura do delito, já não o substrato de um sentido, mas o sentido de um substrato.[6]

Com isso, resultam essencialmente diferentes as ações, que são dotadas de sentidos ou significados[7] e comportam interpretações; e os fatos que não têm sentido e comportam, tão somente, descrições.

Por outro lado, o sentido de tais ações é ditado por regras que as regem.[8] Tais regras, porém, são reconhecidas como tais na medida em que tenham seu uso estabelecido, pois só assim podem determinar o sentido de uma conduta. Ou seja, o reconhecimento da ação deriva da expressão de sentido que uma ação possui. A expressão de sentido, contudo, não deriva das intenções que os sujeitos que atuam pretendam expressar, mas do “significado que socialmente se atribua ao que fazem”.[9] Assim, não é o *fim*, mas o significado, que determina a classe das ações, logo, não é algo em termos ontológicos, mas normativos. Vives Antón deixa a questão clara com um exemplo:

> “minha compreensão de uma partida de futebol depende de que conheça as regras do jogo e de que, por conseguinte, possa efetuar uma correta atribuição de intenções aos movimentos dos jogadores: se desconheço as regras, não sou capaz de inferi-las e ninguém me explica, não entenderei o jogo e não saberei, na realidade, o que está ocorrendo ali (nem sequer poderei prever o que tenta fazer um jogador que se encontra de posse da bola). Mas, uma vez que as conheço e posso fazer, por conseguinte, as atribuições de intenção corretas, nem sempre qualificarei as jogadas (as ações dos jogadores) com base nas intenções que lhes atribuo: v. g., se um defensor tem a intenção de afastar a bola, mas a introduz em seu próprio gol, não direi que afastou a bola, mas que marcou um gol contra sua equipe. As atribuições de intenção se encontram, segundo o referido, inseridas no seguimento de regras e são construtivas do significado, em termos gerais, mas não na forma de uma relação somente bilateral: as regras, que se materializam em atribuições de intenção, operam, com

frequência, prescindindo do propósito de quem as segue ou infringe".[10]

O fim fica claramente desvinculado da determinação da ação. A ação é determinada pelo sentido que lhe dão as regras segundo as quais se lhe interpreta. Por isso, "a determinação da ação que se realiza não depende da concreta intenção que o sujeito queira levar a cabo, mas do código social conforme o qual se interpreta o que ele faz".[11]

As práticas sociais são, pois, contingentes da ação e da intenção.[12] Falamos de intenções já expressadas nas ações e não determinantes delas. Por isso, "os movimentos corporais não são interpretados como ações por causa da presença prévia ou simultânea de intenções",[13] na realidade, é a existência de uma prática de seguir regras que permite identificar o sentido que jaz na ação e inferir a realização de uma intenção.[14] Logo, "há uma intencionalidade externa, objetiva, uma prática social constituinte do significado".[15]

Contudo, é também certo que nem toda ação é intencional,[16] o que outra vez comprova que o núcleo da ação não está na intencionalidade, o que explica claramente o fracasso do modelo finalista proposto por Welzel em explicar o delito imprudente. Ao contrário, a proposta aqui adotada, ao seguir o modelo filosófico de Wittgenstein, se afasta de tudo isso para identificar a ação segundo o significado, as regras e o seguir das regras, o que se, por um lado, reconhece que há uma relação interna entre ação e intenção, de modo nenhum determina que toda a ação, enquanto expressão de sentido, deva consistir, necessariamente, expressão de uma intenção.[17]

Aparentemente, a confusão doutrinária entre dolo e intenção deriva do termo alemão *Vorsatz*, que designa ambas as coisas e, certamente, contribui para obscurecer a distinção.

Resulta que, em termos normativos, há tanto casos imprudentes quanto dolosos, sendo que o que identifica esses últimos normativamente é a expressão de sentido que se traduz no compromisso com a produção do resultado típico, que não ocorre na imprudência.

2 DOLO

No que tange ao dolo, há duas questões principais a serem postas que demandam alguma reflexão teórica: a questão de sua natureza e a questão dos seus elementos. A par disso, e como fruto do desenvolvimento doutrinário, estabeleceu-se, de modo complementar, diferentes classes de dolo.

A respeito da natureza do dolo, a dicotomia existe entre o reconhecimento de um dolo ontológico, enquanto categoria existente e descritível, ou um dolo normativo, concebido como atribuição.

No que tange aos elementos, a doutrina discute sobre se o dolo deve traduzir-se em conhecimento e vontade ou se o elemento vontade é dispensável.

Finalmente, no que refere às classes de dolo, costuma-se dividir o dolo entre dolo direto (de primeiro e segundo graus) e dolo eventual.

2.1 Natureza do dolo. A evolução do ponto de vista ontológico para o dolo normativo-significativo

A mais importante questão a respeito do dolo diz respeito à sua natureza. Afinal, quando se poderá dizer que o indivíduo que atuou o fez dolosamente, intencionalmente ou conhecendo a possível ou provável provocação do resultado?

N a *praxis* forense, o que se pode identificar é que muitos julgamentos e condenações são impostos a partir de uma constatação de que o sujeito atuou dolosamente, mas a discussão sobre os fundamentos nos quais se sustentam tais afirmações sobre o dolo não costumam merecer, de parte dos juízes, uma especial atenção.

Assim, a questão remanesce: como é possível afirmar esse dolo no juízo de condenação? Com base em que espécie de considerações se pode dizer que alguém atuou compromissado com a realização do fato delitivo?

O amparo legislativo, dessa feita, é imprestável, afinal, o art. 18 do Código Penal brasileiro define os contornos do dolo como: "quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo". Nesse caso, resta imprescindível, de qualquer modo, perquirir os critérios pelos quais se pode afirmar que o sujeito assim agiu.

2.1.1 As superadas teorias ontológicas do dolo

Tradicionalmente,[18] as primeiras concepções a respeito do dolo o entenderam como uma instância relacionada à consciência psíquica do agente.[19] Assim era a concepção a respeito do dolo, por exemplo, quando ele era tomado, nas primeiras fórmulas de teoria do delito. Tanto é assim que para o causal-naturalismo, o dolo era uma forma de culpabilidade que representava o vínculo de ordem subjetiva entre o autor e o fato delitivo que permitia a imputação (*Zurechenbarkeit*) do ato.[20] De forma também ontológica, para o finalismo, o dolo, como elemento subjetivo da própria ação típica, configurava sua nota distintiva. A ação delitiva era fundamentalmente orientada a um fim, que poderia ser justamente a intenção de realização de um delito, ou seja, consciência e vontade orientadas à realização de um propósito delitivo.[21]

O entendimento era de que o dolo era um fenômeno real, algo que existe no mundo ontológico e que só se pode descrever.[22]

O dolo, aqui, se situaria na cabeça do autor. Ou seja, o dolo é uma realidade ontológica e existe como dado psicológico que compete ao jurista identificar. Dentro das concepções finalistas do dolo, se costuma apontar a teoria oferecida por Armin Kaufmann como uma das mais desenvolvidas, na medida em que supõe, de um lado, a pretensão de ser uma teoria unitária do dolo e de outro, o que o próprio Kaufmann qualificava de preservação de uma perspectiva ontológica com alto grau de objetivação.[23] Para Kaufmann, "dolo e imprudência se diferenciam com ajuda daquele critério que já ontologicamente caracteriza a ação: a vontade de realização",[24] pelo que suas propostas encaixavam perfeitamente com a teoria final da ação.

Ocorre que o dolo é a forma mais grave de atribuição subjetiva do ilícito, e assim, não é possível admiti-lo sem uma concreta demonstração. Por isso, o reconhecimento do dolo sempre dependerá de uma demonstração objetiva da intenção subjetiva. Desse modo, a ideia do que fundamenta o dolo está completamente conectada com sua demonstração, definitivamente, com sua prova. Quando se propõe um dolo como realidade ontológica, não é possível esquecer que é necessário demonstrar quais são os meios que tornam possível a identificação do dolo como tal realidade.

Há um problema aqui, muito grave. A afirmação de que o dolo é uma entidade que existe como fenômeno psíquico careceu sempre de demonstração empírica. Para determinar o dolo a partir dessas considerações, seria necessário acudir, de qualquer maneira, à mente do sujeito, para conhecer sua representação a respeito da situação concreta e conhecer, em essência, seu plano.

A demonstração do dolo como realidade psicológica, porém, revelou-se totalmente impossível. E isso não deriva unicamente de uma impossibilidade física de acesso à intenção subjetiva, mas também e principalmente, em face de que a verdade real no processo penal não existe.[25] Mas a impossibilidade deriva não só da falta de instrumentos jurídicos aptos a realizar tal tarefa, mas, por sua própria característica: os fenômenos psíquicos resultam inacessíveis.

Há defensores da ideia de afirmação da realidade do dolo através de contribuições das ciências naturais[26] ou através da confissão do acusado.[27] Evidentemente, nem uma nem outra perspectiva resultam adequadas.

No que se refere a contar com a declaração do acusado, parece evidente que no processo penal a confissão não deverá ser a regra e, por outro lado, não se pode ter segurança de que o acusado diz a verdade, ainda quando esteja assumindo a responsabilidade pelo fato delitivo.

De outro lado, com o recurso às ciências empíricas, tampouco se pode afirmar o dolo, essencialmente por duas razões: a falta de coincidência para com o conceito de dolo utilizado pela ciência jurídica, que inclui uma dimensão de conhecimento e vontade não coincidente com a perspectiva de verificação psicológica,[28] e por outro lado, a completa falta de uniformidade entre as propostas a respeito do dolo que derivam de diferentes correntes doutrinárias da psicologia e da psiquiatria, as quais nem mesmo em seu próprio âmbito científico lograram unificar-se sobre o tema.[29]

A conclusão é que não se pode obter, desde o ponto de vista das ciências naturais, nada mais que cálculos sobre probabilidade ou possibilidade de existência de determinado fato psíquico.

Isso conduz a que a admissão do dolo como realidade psíquica, ainda que amparado por conceitos das ciências naturais, não possa chegar a mais que deixar

aberta a porta para certo grau de insegurança em sua afirmação. Ou seja, a constatação do dolo como realidade empírica é completamente impossível, pelo que toda afirmação sobre o dolo contém certo grau de valoração, gerando justamente a indeterminação que a pretensão de verdade, própria das concepções ontológicas, pretende extirpar.

2.1.2 As teorias normativas do dolo

Os problemas de prova que afetam a concepção ontológica do dolo levaram parte da doutrina[30] a admitir que o dolo não é uma realidade psicológica, mas o resultado de uma atribuição.[31] O fato já tinha sido percebido e advertido por Hassemer, em sua obra sobre os fundamentos do Direito penal, com um exemplo que espanca qualquer dúvida:

> "Se pergunta como pode o juiz constatar a intenção de defraudar, falsificando um documento. E agora se pergunta como pode o juiz constatar tal intenção em um processo, como pode produzir o dado intenção de defraudar. O juiz pode observar os livros de comércio, os informes fiscais, os dados de um computador (ou fazê-los serem observados, caso necessário, por peritos ou se certificar das observações feitas por testemunhas). Ninguém pode, porém, observar uma intenção de defraudar, que somente se pode imputar [...]."[32]

Ou seja, o dolo não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que faz com que se impute a responsabilidade penal nesses termos. O dolo não é mais que atribuir ou imputar a alguém o conhecimento e a vontade de realização do fato delitivo. É que "os segmentos de realidade que são manejados já não podem qualificar-se como realidade empírica, senão como realidade valorada, dado o papel determinante das perspectivas axiológicas em sua configuração e comprovação".[33] Ou seja, se não é possível afirmar mais que a possibilidade de existência real do dolo, o dolo será sempre, ao menos em parte, produto de uma valoração.

Muitos autores[34] seguiram essa tendência, reconhecendo, desde distintos pontos de vista, que o dolo se reduz a uma forma de atribuição.

Em seu peculiar método de propor o tema, George Fletcher[35] também adota um conceito normativo de dolo, ao refazer a pergunta, propondo não se deve buscar se o delito está ou não refletido na mente do agente, mas se independentemente disso ele pode ser considerado culpado pelo ato delitivo. A abordagem, definitivamente, não é descritiva, mas valorativa.

Porém, as concepções normativas também têm seus problemas.

Um deles é que o afastamento de um dolo natural possa conduzir a uma objetivização do conceito, como expressão de normativização absoluta, como propõe, por exemplo, Pérez Barberá,[36] diluindo as dimensões subjetivas do injusto e mesclando-as às objetivas. Naturalmente, uma perspectiva como essa traz muito mais problemas que soluções, entre os quais se pode citar a dificuldade de graduação da culpabilidade como grau de reprovabilidade e a distinção de graus de reprovação entre as distintas modalidades de dolo.

Mas o principal problema das concepções normativas é que negar a realidade do dolo implica o risco de gerar decisões arbitrárias. O problema está em que se admite, assim, a possibilidade de incongruência entre a realidade psicológica interna da intenção do agente e a atribuição que se lhe faz. Nesse sentido, Muñoz Conde está de acordo com Díez Ripollés que em "qualquer tipo de valoração (seja puramente normativa ou produto de propostas psicológico-normativas ou interacionistas) é necessário partir da realidade psíquica a que se referem os elementos subjetivos" e, por isso, adverte que "qualquer construção jurídica à margem de ou fingindo a realidade é grave fonte de arbitrariedades e deixa a porta aberta à maior insegurança, científica ou jurídica".[37]

Assim, o que aparece na perspectiva normativa do dolo é uma "crise de legitimidade",[38] que conduz à necessidade de critérios concretos que ofereçam justificações adequadas para a atribuição do dolo e que possam levar mais além dos resultados que se possa obter mediante a perspectiva psicológica do dolo.

Dentro dessas perspectivas normativas, resulta, pois, essencial, a concreta

determinação de critérios seguros para a afirmação do dolo. Muitas teorias se apresentaram com o objetivo de oferecer tal justificação. Uma das que resulta mais interessantes, sem dúvida, foi a proposta de Hassemer, com a chamada *teoria dos indicadores externos*, que une a dimensão material e a dimensão processual do dolo.[39] Trata-se de uma postura que, ao mesmo tempo em que não deixa sem resposta a encruzilhada entre conhecimento e vontade, adianta-se em demonstrar a existência de algo mais a ser discutido.

Hassemer[40] sustenta que saber

> "que tipos de comportamentos dolosos devem se diferenciar, quais devem ser separados dos não dolosos, quais devem ser sancionados penalmente, todas essas perguntas não podem ser discutidas desde um ponto de vista ontológico, mas somente desde uma perspectiva deontológica, ou seja, são questões abertas às expectativas de justiça historicamente variáveis".

Como consequência, a atribuição de responsabilidade dolosa depende de uma valoração, da adoção de critérios normativos. E é aqui que Hassemer aproveita para desenvolver um ponto de partida que sugere a tese do próprio Kaufmann, o da valoração dos elementos objetivos.

Hassemer "não persegue uma averiguação de características concretas que desenhem o dolo e faltem na imprudência. É a *ratio* da penalidade do dolo o que constitui o ponto de partida de sua tese".[41] Ou seja, ele abre mão de discutir "o que é" o dolo, propondo tão somente discutir a razão pela qual se castigam mais gravemente os crimes considerados dolosos, quando comparados aos imprudentes.

O trabalho de Hassemer começa por buscar as razões pelas quais uma conduta dolosa é mais desvalorada que uma conduta imprudente. "Quem não pode responder a essa pergunta, não poderá fundamentar os limites do dolo em critérios normativos aceitáveis".[42]

Hassemer propõe que, se o dolo escapa ao campo de contemplação do observador, não pode ser descrito, pelo que a aproximação do tema deve ocorrer de modo indireto, através de dados objetivos que cumpram os seguintes requisitos: seu

caráter observável, sua exaustividade e sua relevância para o elemento subjetivo em questão.[43]

Essa necessidade de indicadores, segundo Hassemer,[44] não pode ser resumida em um único dado como a "ação de evitação" (como queria Kaufmann) ou o "perigo desprotegido", inclusive porque a ideia de conhecimento a respeito do fato não basta para o dolo, ainda que seja imprescindível para dotar de conteúdo a vontade.

Evidentemente, os indicadores externos são tantos e tão amplos que não seria possível esgotá-los. Trata-se, na realidade, da análise de todas as circunstâncias que estão ao redor do atuar. Hassemer[45] observa que "a ordenação sistemática dos indicadores resulta de sua missão e da estrutura de seu objeto, ou seja, eles hão de possibilitar uma conclusão fiável a respeito da existência do dolo", para cujo objetivo hão de seguir os seguintes passos: demonstrar o perigo da situação concreta para o bem jurídico, a representação do agente a respeito desse perigo e sua decisão a respeito da realização do mesmo. Mas, nesse trabalho de identificação, é necessário ter em conta que tão somente a situação de perigo oferece dados descritíveis, os dois seguintes passos só podem ser realizados por meio de deduções derivadas dos indicadores.[46]

Em resumo, Hassemer entende que o dolo é uma "decisão a favor do injusto",[47] mas entende também que o dolo é uma instância interna não observável, com o que sua atribuição se reduz à investigação de elementos externos que possam servir de indicadores e justificar sua atribuição. Por isso, esses indicadores só podem ser procurados na mesma *ratio* do dolo, que se explica em três sucessivos níveis: a situação perigosa, a representação do perigo e a decisão a favor da ação perigosa.[48]

Dessa construção de Hassemer parece derivar algo muito importante que, porém, o autor não trata de explorar: a ideia de transmissão de um significado. Hassemer atribui, ao combinar os indicadores externos e os critérios (valorativos) de delimitação do dolo, a identificação desse à possibilidade de sua atribuição, mas não trata de explicar o processo justificante de tal identificação. Ao afirmar que o dolo, embora seja um fenômeno interno ao sujeito, demanda, para sua afirmação, da comprovação de indicadores externos que justifiquem sua atribuição, Hassemer

assume a ideia de que somente diante da expressão externa, compatível com a *ratio* incriminadora subjetiva dolosa, é possível afirmar a existência do dolo. Vale dizer: o dolo "é" sua própria demonstração, sua expressão significativa.[49]

Não resta nenhuma dúvida de que a identificação do dolo não pode vir da descrição de um processo psicológico, mas somente da identificação do que Hassemer qualifica de "indicadores externos". O dolo, definitivamente, não "é" um fato, mas uma atribuição, ou seja, a exata atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, na qual se expressam simultaneamente conhecimento e vontade.

Isso põe em evidência o erro, em especial das concepções finalistas, mas também de todas as que nela estão inspiradas, ao sustentarem um dolo substancial que é a nota distintiva da ação, quando, na realidade, a ação não "é" uma realidade ontológica, mas simplesmente a representação de um sentido de atitude dolosa que permite uma adscrição. É necessário ainda, porém, delimitar o que dá *sentido doloso* a uma determinada realização.

Segundo parece, a identificação do sentido do dolo passa por uma melhor resolução sobre dois pontos: a situação do dolo na teoria do delito e o oferecimento de uma melhor compreensão teórica do próprio *sentido* ou *significado* do dolo.

As dificuldades em estabelecer um concreto sentido de atribuição do dolo deriva, em grande medida, da ordenação das categorias do delito segundo a proposta finalista. É que a proposição *welzeliana* de finalidade como nota distintiva da ação levou boa parte da doutrina a admitir, sem espaço para discussão, que o dolo é elemento exclusivo da conduta típica e, por isso, é algo vinculado às predeterminações ontológicas defendidas pelo próprio Welzel.[50]

A melhor forma de tentar mudar de perspectiva, através da negação do dolo como categoria psicológica, passa necessariamente por uma revisão das predeterminações ontológicas do tipo. É necessário negar o tipo subjetivo como condicionante ontológico e, a partir disso, não há por que o dolo figurar no substrato da organização do sistema de imputação.

Outrossim, é importante notar que, nesse aspecto – organizacional das categorias do delito –, o advento do funcionalismo pouco inovou, em qualquer de suas vertentes.

Com Roxin, ao menos aparece um dolo livre de amarras, como um aspecto subjetivo capaz de influenciar indistintamente o tipo e a culpabilidade. Para ele, “a delimitação entre dolo e imprudência expressa não só uma diferença de injusto, mas também uma diferença importante de culpabilidade, que justifica a distinta punição de ambas as formas de conduta”.[51] É de notar que embora o dolo figure em mais de uma categoria do delito, não deixa de ser condicionante do tipo, já que na mesma obra Roxin refere que “a separação do dolo e da imprudência é uma delimitação segundo o tipo de injusto”.[52]

De outro lado, a proposta funcionalista sistêmica de Jakobs mantém intacta a posição organizacional do dolo na teoria do delito, ao sustentar que “ao tipo subjetivo pertencem precisamente aquelas circunstâncias que convertem a realização do tipo objetivo em ação típica; ou seja, dolo e imprudência”[53] e, por outro lado, ancorada da ideia de róis e papéis desempenhados por sistemas psicofísicos, promove uma completa objetivização do referido elemento subjetivo,[54] levando, por um lado, ao completo desprezo do componente humano do sistema de imputação e, por outro, a uma normativização completamente artificial.

Entretanto, a doutrina vem dando mostras crescentes de que persiste em busca de soluções melhores. A melhor delas é, sem dúvidas, a adotada nesse trabalho, que toma por pauta os postulados da Filosofia da linguagem como teoria de base para a reformulação dos fundamentos do sistema de imputação penal, especialmente no que tange aos seus elementos subjetivos.[55]

Como já visto, a proposta do Prof. Vives reorganiza o sistema de imputação a partir de dois pilares: a norma e a ação, as quais, conjugadas, convertem a teoria do delito em um conjunto de pretensões normativas em face do sentido de um tipo de ação através de pretensões normativas (tipo de ação – expresso em uma pretensão conceitual de relevância e uma pretensão de ofensividade –, a antijuridicidade formal – expressa em uma pretensão de ilicitude que inclui instâncias de imputação da antinormatividade –, uma culpabilidade como pretensão de reprovação e uma punibilidade como pretensão de necessidade de pena).[56]

Distribuídas assim as categorias do delito, fica melhor evidenciado que o dolo

não é mais do que uma atribuição.

Vives[57] exige, para o reconhecimento do "tipo de ação", uma pretensão de relevância no sentido da determinação de que uma ação humana em concreto é uma das que interessam ao Direito penal. Mas essa pretensão de relevância é verificável mediante o cumprimento de dois pontos: uma *pretensão conceitual de relevância*, que expressaria a ideia de tipicidade, e uma *pretensão de ofensividade*, que representaria a ideia de antijuridicidade material.[58] E logo, fecha o injusto com a antijuridicidade formal, que corresponde a uma pretensão de ilicitude que se traduz na verificação da falta de ajuste do comportamento significativo em relação ao ordenamento jurídico.[59] É nesse ponto onde Vives[60] situa o dolo e a imprudência, sendo o primeiro identificado segundo um compromisso de atuar por parte do autor. O dolo, para Vives, resulta um dolo neutro,[61] ou seja, é a intenção de realizar o fato antijurídico.

Quando se separa, de um lado, o dolo e a imprudência na pretensão de ilicitude, e do outro, os elementos do tipo e a própria ação na pretensão de relevância, fica clara a mescla que as concepções finalistas fizeram entre os planos conceitual e substantivo de análise. Conforme observa Vives, "a atribuição de intenções ao sujeito, ou a qualificação de sua conduta como não intencional não desempenham necessariamente um papel na delimitação conceitual da ação".[62]

A ação – seja comissão ou omissão – tem seu aspecto conceitual ou de definição analisado no tipo de ação que é onde se lhe identificam critérios de sentido.

O dolo e a imprudência, por outro lado, são instâncias de imputação da antinormatividade, vinculadas ao plano substantivo e não conceitual da atribuição de conduta ao sujeito.

Assim, para a concepção significativa da ação, que aqui se subscreve,[63] a "intenção subjetiva" corresponde à atribuição concreta de intenções ao sujeito e não define, por si mesma, a ação, mas sim a imputação. Ou seja, a identificação da intenção subjetiva cumpre a tarefa de possibilitar a atribuição ao agente de um compromisso com a ação ofensiva realizada, mas não faz parte da própria ação, no que refere à sua definição.

Definitivamente, a definição da existência de uma ação conceitualmente relevante para o Direito penal precede a análise de se essa ação relevante efetivamente infringe a norma. Nesse sentido, Vives não deixa dúvidas, ao afirmar que "a determinação da intenção entra frequentemente em jogo *depois* que a ação se acha definida e serve ao interesse *substantivo* de ajuizá-la".[64]

O dolo não só é normativo, como essa normatividade é específica, consistindo no *compromisso para com a produção do resultado*, expresso em uma decisão contra o bem jurídico,[65] como será visto em seguida.

No mesmo sentido a opinião de Carbonell Matteu, que filiando-se expressamente ao pensamento de Vives, afirma que "se a ação é significado, o dolo significa compromisso com esse significado. O dolo supõe, nesse caso, intenção, e pode ser definido como o compromisso do agente com o significado do seu atuar".[66]

Mas ainda não termina aqui a tarefa do intérprete para a identificação do dolo, já que resta por determinar quando se pode falar de um compromisso com a decisão contra o bem jurídico. Todas as concepções normativas do dolo – ou seja, as definições de dolo como atribuição ou adscrição – têm que justificar a validade do critério empregado para essa determinação.

2.2 Os elementos do dolo

Se é certo que o dolo é uma atribuição, qual é o fundamento segundo o qual se justifica a atribuição do dolo? Sob que critérios é aceitável reconhecer a atribuição de uma atuação dolosa a alguém?

Em geral, a discussão sobre o dolo tem rondado, ao menos desde Beling e Frank, entre uma teoria da vontade (*Willenstheorie*) e uma teoria da representação (*Vorstellungstheorie*), rondando a questão de inclusão ou não do componente *vontade* entre os elementos do dolo.

Basicamente, há unanimidade quanto à existência de um conhecimento, enquanto representação – com distintos matizes[67] – para a atribuição dolosa, entretanto, especialmente a partir das concepções normativas, há intensa discussão sobre a possibilidade de demonstração e até mesmo sobre a necessidade de inclusão do

elemento *vontade* na composição do dolo.

No presente trabalho, e seguindo a metodologia proposta pelo modelo significativo, admite-se a exigência de consciência e vontade como elementos componentes do dolo.

A identificação da conduta dolosa passa, pois, primeiro pela verificação do elemento intelectivo e depois pela verificação de um elemento volitivo.

2.2.1 O elemento intelectual

A verificação do dolo, para Vives, depende de se a ação realizada põe ou não de manifesto um compromisso de atuar do autor. Para isso, Vives[68] entende que é necessário pôr em relação as regras sociais que definem a ação como uma das que interessa ao Direito penal em relação às *competências* do autor, ou seja, as técnicas que o autor domina. Assim, em um procedimento puramente axiológico e não através do intento de buscar inacessíveis dados psicológicos, "poderemos determinar o que o autor *sabia*".[69] Em resumo: "só podemos analisar manifestações externas; mas, através destas manifestações externas podemos averiguar a bagagem de conhecimento do autor (as técnicas que ele dominava, o que ele podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressadas na ação".[70]

A gramática do conhecimento se baseia em perceber as técnicas que o autor dominava e, a partir delas, entender como o autor previu as consequências do comportamento.

É justamente o domínio de determinada técnica que torna os sujeitos capazes de fazerem previsões a respeito de seus comportamentos. Essas previsões não derivam de fatores internos, mas sim das práticas intersubjetivas, ou seja, dos hábitos sociais, do reconhecimento a respeito do que comumente acontece a partir de determinada realização.

Assim, o domínio de determinada técnica e o seguimento de regras sociais a respeito do que comumente acontece permite dimensionar a capacidade de fazer previsões.

Resumidamente: se a previsão é característica distintiva do dolo, essa somente pode ser atribuída a partir da conjugação entre as técnicas que o autor dominava e o contexto das regras sociais a respeito das consequências de determinados atos.

Afinal, abandona-se completamente a ideia, errônea, de pretender descrever quando há dolo e se substitui pelo intento de compreensão sobre o nível de gravidade refletido na contradição entre a ação realizada e a norma, que é, sem qualquer dúvida, a tarefa de adscrição do dolo. Na verdade, é "desse modo, e não através da indagação de inacessíveis e pouco significativos processos mentais, que podemos determinar o que o autor sabia".[71]

O *elemento intelectual do dolo* deve incluir conhecimentos sobre os dados que caracterizam a conduta realizada como um tipo de ação, sejam eles descritivos ou normativos.[72] Ou seja, é necessário, para a existência do dolo, que o sujeito compreenda estar realizando um tipo de ação ou omissão.

É óbvio, porém, que não se exige para o dolo um conhecimento absoluto ou exato dos elementos componentes do tipo de ação ou omissão. Por exemplo: não é necessário que se saiba a quem pertence a coisa furtada, basta que se saiba que é alheia. Fala-se, no caso, na exigência de uma "*valoração paralela na esfera do leigo*, ou seja, o sujeito deve ter um conhecimento aproximado da significação social ou jurídica de tais elementos",[73] pois do contrário, apenas os juristas seriam capazes de atuar dolosamente.

A ausência de tal conhecimento é justamente o que representa o erro. Aliás, a demonstração de que o conhecimento é elemento necessário do dolo é justamente a consequência reconhecida pela doutrina, quando existe um erro, sobre a compreensão de que a atuação representa uma atividade em princípio delitiva, qual seja, a exclusão do dolo.[74]

O ideal é que se avalie o conhecimento como atual, contemporâneo à atuação do sujeito,[75] conquanto a valoração jurídica seja sempre *a posteriori*.

2.2.2 O elemento volitivo

No que refere ao *elemento volitivo do dolo*, a primeira questão a colocar é o

fato de que quem atua com dolo atua com o compromisso para com a realização do resultado, ou seja, com um querer dirigido à produção do resultado, já que quem quer, quer algo.

Entretanto, esse querer não pode ser confundido com um mero desejo longínquo[76] ou com as motivações pessoais para atuar.[77]

A vontade que inspira o dolo deve ser a vontade realizável relacionada com a atuação, pressupondo a possibilidade real de influir no curso causal do fato.[78] Essa é a razão pela qual não se pune o envio do amigo para comprar pães às 18:00 horas, com a pretensão de que, dado o horário de *rush*, o fluxo exagerado de veículos resulte no seu atropelamento.

O querer relacionado ao dolo deve ser, ademais, uma vontade incondicionada de realizado o fato típico.[79] Se o autor ainda não se decidiu a respeito da atuação que provoca o resultado, não existe dolo. Por exemplo: se o autor leva arma consigo a um encontro de negócios para a eventualidade de que seu interlocutor reaja de forma brusca ou porque não sabe o que pode ocorrer ao fugir da atuação da polícia.[80] Evidentemente, a situação é de indecisão sobre atuar ou não e não de indecisão sobre qual atuação entre duas igualmente desvaliosas será assumida necessariamente pelo sujeito.[81]

O elemento volitivo depende do elemento cognitivo prévio, já que só é possível querer o que previamente se conhece.[82] Contudo, essa antecipação do conhecimento não faz com que se fundam os dois conceitos. Muñoz Conde deixa o tema bastante claro com alguns exemplos: "Quem comete abuso sexual de uma pessoa com deficiência mental, abusando dessa situação, sabe que a pessoa com quem mantém a relação sexual é débil mental e, apesar disso, quer manter a relação sexual, ainda que provavelmente preferiria que estivesse sã mentalmente."[83]

Assim, é possível dizer que o autor, ao atuar, quer realizar cada um dos elementos que compõem a conduta que foram por ele representados.

O elemento *vontade* não é descartado por um *dolo significativo.* Nesse sentido, Vives Antón afirma que o "dolo como compromisso supõe a necessidade de conhecimento, de *saber*, mas também um grau de vontade: a intenção que podem

entender-se como um *querer*, não naturalístico, mas normativo".[84] A vontade é, aqui, "fundamentalmente, o entendimento da ação legitimada pela linguagem social e por uma lógica reconhecida e comum de atribuição de significado".[85] E a referência à linguagem *social* quer dizer que essa linguagem é partilhada inclusive pelo próprio autor, razão pela qual suas motivações e representações não são desprezadas no processo de atribuição.[86]

A postura de inclusão da vontade no conceito de dolo é importante para estabelecer limites entre o dolo e a imprudência, pois do contrário, a mera indiferença perante o direito, própria da culpa, poderia caracterizar uma responsabilidade dolosa.[87]

A vontade há de ser compreendida, portanto, contextualizadamente. A compreensão do sentido depende, pois, de uma participação em um *atuar comunicativo* onde "um *falante* fala com um *ouvinte* sobre algo, expressando o que ele tem em sua mente".[88] Então, a pessoa que comunica algo fala sobre o objeto que tem em sua mente, com outra pessoa, sobre algo no mundo.

Disso deriva que o processo de comunicação se estabelece em uma tripla dimensão, imprescindível para a hermenêutica do sentido: "(a) como expressão da intenção do falante, (b) como expressão para o estabelecimento de una relação interpessoal entre falante e ouvinte, (c) como expressão de algo no mundo".[89] Essas três dimensões é que podem ser entendidas como o sentido derivado do processo de comunicação.

Em resumo:

> "Quando o falante diz algo dentro de um contexto cotidiano, ele se refere não somente a algo no mundo objetivo (como a totalidade daquilo que é ou poderia ser), mas ao mesmo tempo a algo no mundo social (como a totalidade das relações interpessoais reguladas de modo legítimo) e a algo no mundo próprio, subjetivo, do falante (como a totalidade das vivências manifestáveis, às quais tem um acesso privilegiado)."[90]

Evidentemente, a transmissão de uma mensagem não se estabelece somente

falando, mas com todas as formas de atuação. A ação de falar pode transmitir uma mensagem tal como um gesto ou um movimento. Mas, o sentido de qualquer mensagem dependerá sempre da presença da identificação da tripla dimensão referida por Habermas, ou seja, a referência ao mundo subjetivo, ao mundo objetivo e ao mundo social, ou seja, ao mundo de inter-relação, de regras compartidas. Isso fica demonstrado claramente quando Vives[91] expõe a proposta de Habermas, referente à ação comunicativa de um sentido, dizendo que ela "se constitui, não só em virtude de *planos* de ação mais complexos que (o agente) tenha efetivamente tido, mas *também* em virtude de *interpretações* que um terceiro faz e *sob as quais (o agente) poderia ter realizado sua ação*". Essas interpretações são obviamente os elementos que se têm em conta para a atribuição do qualificativo "doloso" a uma determinada conduta.

Assim é com a intencionalidade, que não se constitui subjetivamente, mas através de convenções, assim como as palavras, ou seja, a intencionalidade é resultado de um processo de atribuição que corresponde à mensagem que a ação do sujeito produz. Na precisa observação de Maria Fernanda Palma,[92] "a intencionalidade e as suas formas não podem deixar de revelar uma atribuição de significado em nome da linguagem social, não existindo, como refere Wittgenstein, linguagens privadas, que determinem a compreensão do mundo inerente a uma ação que interfere no mundo dos outros".

Trata-se de valorar as regras que estão por trás da comunicação de um sentido, em última análise, de verificar as circunstâncias nas quais se realiza a ação, um sintoma claro da união quase inseparável que existe entre o dolo e sua prova.

Assim, a afirmação de que o dolo tem importante dimensão processual, seguidamente repetida pelos juristas, tem sua razão claramente exposta: é que se trata de uma categoria cuja apreensão e consequente possibilidade de atribuição depende de uma *compreensão cênica* que deriva precisamente do caráter pragmático do Processo Penal.

Mas, uma vez que o estabelecimento de um sentido depende da validade do processo de comunicação, e isso, por seu turno, depende de basear-se em regras compartilhadas, determinadas pela inclusão de todos no discurso, fica claro que a

opção pela linguagem como mecanismo de legitimação da atribuição de um sentido doloso de uma conduta figura como uma proposta humanista e respeitosa à ideia de alteridade.

2.3 Das espécies de dolo

Sabe-se[93] que dentro da análise do dolo, a doutrina, em geral, especialmente a alemã, tem trabalhado majoritariamente com uma concepção tripartida de dolo, apontando a existência do dolo direto, representado pela orientação da conduta dirigida a um fim almejado, o dolo direto de segundo grau, que identifica e orienta os efeitos colaterais necessários da conduta do agente,[94] e o dolo eventual, que informa os efeitos colaterais possíveis, porém incertos, da conduta do sujeito.

Partindo da análise das distintas formas de dolo segundo os critérios identificadores da categoria, quais sejam, um elemento intelectual (o saber) e outro volitivo (o querer), Vives sustenta que se o *querer* fosse um processo psicológico, teria que ser um elemento comum a todas as espécies de dolo, o direto de primeiro grau, em que o sujeito efetivamente *quer* o resultado, o direto de segundo grau, onde o sujeito *não quer*, mesmo que *seja indiferente* ao resultado, e o dolo eventual, onde o sujeito *quer* o *risco e* não o *resultado*.[95] Nas três distintas situações, Vives entende que a nota comum é uma "decisão contra o bem jurídico",[96] expressa em um *compromisso* com a lesão – ou perigo – de tal bem.

Tomado como dado axiológico, o elemento volitivo pode, sem dúvida, participar de todas as modalidades de dolo, afinal, em todas elas se assume um compromisso voluntário para com a produção do resultado, em maior ou menor intensidade.

Comenta-se, em geral, que duas espécies de dolo teriam sido oferecidas pela legislação brasileira: o dolo direto e o eventual.[97] Isso figura na descrição do art. 18, inciso I, quando menciona que o crime doloso é aquele em que o sujeito ou "quis o resultado" ou "assumiu o risco de produzi-lo".[98]

Entretanto, o certo é que nem o dolo direto corresponde unicamente à ideia de *querer*, nem o dolo eventual pode ser representado simplesmente pela ideia de

assunção de risco,[99] pelo que, ao contrário do que se pode pensar, a previsão legislativa nada resolveu. Ademais, obstou o desenvolvimento doutrinário do tema por comodismos vários.[100]

A doutrina, desde há muito tempo,[101] vem apontando para a existência de três tipos de dolo: o dolo direto de primeiro grau, associado à intenção; o dolo direto de segundo grau, associado a um propósito direto; e o dolo eventual e um propósito condicionado.[102]

Desde um ponto de vista do modelo significativo aqui adotado, porém, a afirmação significa pouco mais do que a mera admissibilidade da figura do dolo eventual.

O compromisso que se estabelece para com a produção do resultado pode derivar tanto de um desprezo quanto de uma pretensão a respeito de sua ocorrência, o que faz com que as diversas modalidades de dolo não sejam mais do que uma diferença em graus de desvalor do compromisso para com a produção do resultado. Ou seja, não existem dolos essencialmente *diferentes*, mas sim graus *diferentes* de desvaloração dolosa.

É que, por um lado, não há distinção qualitativa entre o dolo eventual e o dolo direto, mas tão somente uma diferenciação quantitativa. Isso deriva de que tanto o elemento cognitivo quanto o volitivo do dolo estão contidos, na construção de Vives, no compromisso de atuar que se expressa normativamente na ação, assim quem atua com dolo eventual, do mesmo modo, atua intencionalmente.[103] Ou seja, a diferença entre o dolo eventual e o dolo direto não resulta de diferentes conteúdos, mas simplesmente se estabelece "com base na maior ou menor intensidade do compromisso com a vulneração do bem jurídico que, respectivamente, nos revela a conduta antinormativa".[104]

2.3.1 Dolo direto de primeiro grau

Assim, pode-se dizer que o dolo direto de primeiro grau refere-se a uma pretensão de realização do resultado típico que resulta explicitada nas circunstâncias em que se desenvolve a conduta e que é capaz de identificar um intenso compromisso

para com a produção do resultado.

Evidentemente, trata-se da identificação circunstancial do sentido de uma prognose do autor e não uma certeza, posto que, por vezes, a realização concreta da conduta com dolo direto não alcança o resultado, gerando as hipóteses de tentativa.

A pretensão de produção do resultado, para ser considerada dolosa, demanda o emprego de meios possíveis. Ou seja, a atuação que só muito remotamente pode produzir um resultado determinado dificilmente pode ser enquadrada como dolo.[105]

Isso volta a demonstrar que o dolo é atribuição, pois os elementos externos circunstanciais é que definem a existência da pretensão. Por exemplo: por muito que um sujeito pretenda, ao saber que a dengue hemorrágica aflige o Estado do Rio de Janeiro, que essa doença afete um seu inimigo, dar a esse de presente uma passagem turística para a cidade maravilhosa não pode ser considerado dolo direto de homicídio.

2.3.2 Dolo direto de segundo grau

No dolo direto de segundo grau, identifica-se nas circunstâncias que a atuação do sujeito transmitia não apenas o sentido de existência de uma antecipação de um resultado pretendido, como também de resultados secundários necessários para a obtenção do pretendido.

Assim, por exemplo, pretendendo matar um Cônsul, o terrorista coloca uma bomba no veículo em que aquele será transportado ao consulado por um motorista. Está claro que a explosão atingirá a ambos e, conquanto a pretensão seja meramente o assassinato do cônsul, o resultado morte do motorista é necessário para a consecução do objetivo.

Assim, o dolo direto de segundo grau vai referido a consequências ou circunstâncias necessárias[106] ou, quando menos, muito prováveis.[107]

Perceba-se que a transmissão de sentido do nível de compromisso do autor para com a produção do resultado não é tão intensa, pois a percepção de sentido aqui é de que o terrorista *não quer* a morte do motorista, inclusive, deseja que isso não ocorra, no entanto, como pretende a morte do Cônsul, assume, como efeito necessário, a morte

daquele.

Situação similar é a do famoso caso Thomas, citado pela doutrina,[108] em que um indivíduo estadounidense que vivia na Alemanha no começo de dezembro de 1875, sob o nome de William King Thomas, praticou uma fraude para receber valores de seguro que implicou em uma série de mortos. Segundo consta, o autor, que na verdade se chamava Alexander Keith, embarcou em Bremerhaven um contêiner no navio *Mosel*, que faria o trajeto de lá até New York, com escala em Southampton. No contêiner, Keith deixou armada uma bomba que deveria explodir no meio da travessia do Atlântico, destruindo a carga pela qual ele receberia o valor do seguro. A bomba efetivamente explodiu, destruindo a carga e matando oitenta e uma pessoas, além de provocar sérios danos no casco e na cabina da embarcação. Certamente o autor representou como necessária ao seu objetivo a morte dos membros da tripulação. É certo, porém, também, que esse não era o seu objetivo e se, para alcançá-lo, pudesse o autor poupá-los, certamente o faria.

Não obstante, o resultado necessário pode ser incluído em seu compromisso.

No dolo direto de segundo grau, a expressão de sentido é de que a vontade do autor vai dirigida à produção de outro resultado – independente de que seja esse delitivo ou não – cuja produção acarreta, como resultado necessário ou muito provável, aquele que se lhe imputa.

2.3.3 Dolo eventual

O dolo eventual, como o próprio nome indica, baseia-se na eventualidade da produção do resultado. Vale dizer: a transmissão de sentido da conduta é de que o autor projeta um resultado, que é previsto como uma hipótese possível, até mesmo, provável. No entanto, a projeção a respeito da produção do resultado não o intimida no que tange à realização da ação. Ou seja, a despeito da possibilidade ou probabilidade de superveniência do resultado, o sujeito atua, ainda assim. O autor não é dissuadido da atuação pela antevisão da probabilidade de resultado ruinoso.

Desse modo, o compromisso para com a produção do resultado se estabelece através do desprezo das possibilidades e não através da identificação do sentido de

um direcionamento da intenção de produção do resultado.

Importa destacar que aqui, como nos demais casos de dolo, a questão é normativa, atributiva, portanto, quantitativa, tratando-se de uma análise posterior ao fato, que permita revelar o nível do compromisso para com a produção do resultado.

A avaliação é feita a partir das circunstâncias, em busca de verificar se há indicadores objetivos capazes de revelar que o autor tivesse, nas circunstâncias em que ocorreu o fato, condições de antever o resultado e que, a despeito disso, possa ter atuado.

É evidente que, em uma estrutura de desvalor criminal, a atitude de quem age com dolo eventual, embora leviana, não é agressiva e, a despeito de que não haja diferença técnica entre as distintas classes de dolo no que tange à imputação, a mensuração da pena, em função da incidência do princípio de culpabilidade, obrigatoriamente diferenciará entre as classes de dolo.

Nesse diapasão é possível afirmar que o dolo direto de primeiro grau é a forma mais grave de dolo, seguida pelo dolo direto de segundo grau e, finalmente, pelo dolo eventual. Assim, o grau de reprovabilidade dos feitos estará associado às diferentes valorações dolosas para fins de aplicação da pena.

Importa destacar, finalmente, que sendo o dolo eventual a forma mais tênue de dolo, ela será igualmente a forma mais próxima da imprudência dentro da escala de desvalor subjetivo do injusto, compondo, por assim dizer, a fronteira inferior do dolo.

Assume-se, aqui, que tanto a imprudência quanto o dolo são diferentes níveis valorativos do aspecto subjetivo do ilícito, pelo que não são mais do que produtos das mesmas fórmulas analíticas, atribuídos aos fatos.

Ao cabo do presente capítulo, apresentam-se sinteticamente as principais discussões teóricas a respeito do estabelecimento da fronteira entre dolo e imprudência em Direito penal.

3 O CRIME IMPRUDENTE

Os crimes imprudentes deveriam ser as exceções à regra de incriminação. O autor de um crime imprudente não quer a produção do resultado, o qual deriva de uma

falta de dever de cuidado que cria um risco não permitido, o qual se realiza no resultado.

A questão é legislativamente explicitada pelo parágrafo único do art. 18 do Código Penal.[109] Tal limitação, derivada do princípio de legalidade, exige que a incriminação imprudente reste explícita na descrição dos tipos legais. Onde isso não figure, a conduta incriminada somente pode gerar responsabilidade se orientada dolosamente.

Como os delitos imprudentes não são criados como regra geral, mas como exceção que demanda previsão expressa como forma de identificação, é de presumir que a fórmula de tipificação por eles representada constitui um avanço de barreiras de imputação. Assim, a punição pela prática de crimes derivados de condutas imprudentes é reservada apenas para os casos de ataques mais graves aos bens jurídicos.[110] Por isso, como regra geral, os crimes imprudentes são reservados para condutas de lesão a bens jurídicos, como o caso do homicídio e as lesões corporais. Mais recentemente, porém, têm surgido incriminações imprudentes relacionadas com resultados de mero perigo, em um duplo avanço punitivo, tal como ocorre, por exemplo, no caso do art. 56, § 3º, da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.[111]

Do ponto de vista da reprovabilidade, igualmente o delito imprudente é menos desvalorado que o doloso, razão pela qual sua pena necessariamente há de ser menor em face da mesma conduta se praticada dolosamente, em obediência ao princípio de proporcionalidade.

Entretanto, aquilo que foi criado para ser a exceção da criminalidade[112] pouco a pouco foi se convertendo em regra.[113] Grassa um processo de migração da criminalidade moderna, especialmente focada em delitos de vitimização difusa relacionados a bens jurídicos coletivos, que faz uso frequente de tipificação imprudente.

O foco de estudo da imprudência é a reprovabilidade penal de uma conduta descuidada. Como bem observa Juarez Tavares,[114] não existe crime imprudente em sentido natural, essa condição é uma mera criação da ordem jurídica. A rigor, anota o jurista araucariano, “o crime culposo decorre de um processo de imputação que tem

por fundamento a realização de uma conduta que exceda os limites do risco autorizado e se veja assinalada como penalmente relevante em um tipo de delito".[115] Ousaria, ainda, destacar que tal risco deve se plasmar em um resultado, de modo que não é possível a incriminação de delitos imprudentes sem resultado, o que, ainda, estabelece a impossibilidade de tentativa de delito imprudente. Assim, resumidamente, pode-se dizer que a nota distintiva da imprudência é a violação de uma diligência necessária ao atuar.

3.1 Breve evolução da discussão sobre o fundamento de punibilidade do delito imprudente

A justificação da punibilidade por imprudência gerou inúmeras explicações teóricas.

Já no século XVIII Almendingen sustentava a chamada *teoria do defeito intelectual*, segundo a qual a punibilidade da conduta imprudente derivaria de um defeito de intelecção, cuja sanção se basearia não na culpabilidade, mas sim na necessidade social de evitar a repetição de fatos derivados de *defeitos intelectuais*.[116]

Esse fundamento foi seguido da ideia do *defeito na vontade*, formulada por Carrara, no sentido de que a imprudência consiste em uma omissão voluntária de cautela, por deixar de calcular e projetar as consequências previsíveis e possíveis do agir.[117] Evidentemente, aqui não se inclui a imprudência consciente, elemento que mais tarde vai fazer parte das organizações analíticas da teoria do delito.

Os modelos causais-naturalistas de imputação colocavam a imprudência (*culpa*) ao lado do dolo como formas de culpabilidade. Entretanto, já Engisch[118] notara que a discussão sobre inobservância do dever de cuidado se travava antes da culpabilidade, no âmbito do tipo.

Já nas primeiras construções, que ainda pretendiam vincular a imprudência a aspectos de ordem subjetiva, não foi possível ocultar suas dimensões normativas, que se revelavam no frequente uso de expressões, tais como: *previsão, cuidado exigível* etc.[119] Portanto, pouco a pouco, ainda sem transferir a situação sistemática da

imprudência, começou-se a destacar um elemento fundamental no tema, que é o dever de cuidado e sua violação.

O aspecto normativo da imprudência ganhou especial força com a concepção de culpabilidade desenvolvida a partir dos trabalhos de Frank, em especial o seu artigo publicado no Livro-Homenagem à Faculdade de direito de Gressen, en 1907,[120] que vai convertendo a teoria da culpabilidade em uma teoria normativa. Com isso, o global da culpabilidade deixa de ser um vínculo subjetivo entre o autor e o fato para converter-se em uma ideia de reprovabilidade. Segundo Frank, o "comportamento culpável é comportamento reprovável".[121] A culpabilidade, a partir daí, já não se toma como simples elemento subjetivo do delito, mas como juízo pessoal de censura contra o autor do fato.

Aqui se desenvolve uma análise objetivo-subjetiva do cuidado. A análise da culpabilidade imprudente se realiza em duas sucessivas etapas: a infração do dever de cuidado objetivo, geral, exigível contra todos e logo, a análise do cuidado especificamente exigível do autor.

Resulta, pois, que a partir de Frank assume papel definitivo e importante na análise de culpabilidade a violação do dever de cuidado ou a falta de precaução com que o agente realiza sua ação e com isso a dicotomia entre o que é o dever genérico de cuidado e a capacidade pessoal do sujeito de obedecer tal dever na situação especial vivida no momento do fato, "pois se compreendeu que é nesse elemento normativo precisamente onde reside a essência do injusto da imprudência".[122]

Os principais avanços e problemas relacionados ao tipo imprudente derivaram, sem dúvida, do advento do finalismo e da superação da concepção causal do delito. As proposições de Welzel de que a ação é previamente dirigida a um fim trouxeram a atenção para o desvalor de ação e nele, a discussão sobre a pretensão de realização do resultado (dolo). Com isso, juntamente com o dolo, deslocou-se a discussão sobre a imprudência também para o âmbito da conduta típica.

Ao lado desse avanço, a concepção finalista também teve na configuração do tipo imprudente seu principal problema, já que constituída a partir da base do tipo doloso, apresentava dificuldades para explicar a punibilidade de uma ação dirigida

por um propósito que, em princípio, resulta lícito. Isso levou às sucessivas reconstruções da teoria da ação finalista por Welzel, a ponto de gerar o comentário de Arthur Kaufmann[123] no sentido de que “a história da teoria finalista da ação é a história de suas tentativas múltiplas e sempre e outra vez modificadas de apreender o delito imprudente”.[124]

O problema fundamental deriva do fato de que a proposta de Welzel apontava para um supraconceito de ação, capaz de abrigar simultaneamente a ação e a omissão, o fato doloso e o fato imprudente, cuja nota distintiva seria a finalidade. Resulta problemático afirmá-lo justamente porque se há finalidade, como propósito na conduta imprudente, essa é completamente lícita, ao menos no que refere à imprudência inconsciente, que é o modelo mais comum. Além disso, enquanto o dolo para Welzel seguia sendo uma concepção ontológica, ficava clara sua incompatibilidade com uma imprudência que é específica e irredutivelmente normativa.[125]

Em face disso, a doutrina moderna tende a entender que a própria estrutura do tipo de injusto imprudente é diferente da estrutura do tipo de injusto doloso.[126]

Evidentemente, o avanço na concepção da fundamentação e a justificação de punibilidade do delito imprudente somente poderia vir a partir da superação do modelo de sistema vinculado a um conceito ontológico de ação. O fato era já notório, ao menos desde as críticas a um supraconceito de ação lançadas por Radbruch em 1904,[127] aludindo à impossibilidade de conciliar ação e omissão sob um único conceito superior, posto tratar-se de opostos contraditórios.

De fato, somente o rompimento dos grilhões que atavam a teoria do delito à ideia de que a ação ontológica condicionava a análise da imprudência permitiu que a doutrina buscasse imediatamente uma fundamentação normativa ainda que pessoal para estruturar e justificar o modelo imprudente de incriminação.

Assim, ao contrário dos intentos dos defensores do conceito social de ação, os autores mais modernos preferiram seguir o desenvolvimento da senda aberta por Radbruch e simplesmente recusar à ação a condição de elemento base da teoria do delito, começando a apresentação do sistema de imputação sob distintas formas.

As advertências de Roxin[128] e Gallas[129] no sentido de que um conceito ontológico de ação não seria capaz de produzir resultados práticos para a teoria do delito fez com que boa parte da doutrina abandonasse suas preocupações por algumas das funções antes atribuídas ao conceito de ação, restando-lhe tão somente a função delimitadora, propondo, ademais, que a análise do conceito de ação passe para um segundo nível de importância na teoria do delito, cujo estudo deveria começar diretamente pela tipicidade. Nesse sentido, posicionam--se, entre muitíssimos outros, Bernd Schünemann,[130] Bustos Ramírez[131] e Figueiredo Dias.[132]

Com isso, a causalidade física vai, pouco a pouco, cedendo espaço para a atuação contrária à norma.[133]

Disso deriva que há muitas distintas concepções que, ainda que tenham em comum o fato de reconhecerem a normatividade da imprudência, guardam entre si profundas divergências, não somente quanto ao conceito, mas também quanto à forma de determinação, o conteúdo e a situação do dever de cuidado.[134]

Em um primeiro momento, Roxin defendeu a ideia de que os delitos imprudentes, na realidade, não teriam seu fundamento de punibilidade relacionado com a realização de uma ação, mas com a violação de um dever.[135] Por isso, basear o castigo do delito imprudente em critérios como os de evitabilidade ou previsibilidade não teria sentido, uma vez que, em termos objetivos, tudo resulta evitável ou previsível.[136]

Assim, a divisão entre os delitos dolosos e os imprudentes se estabelecia fundamentalmente a partir dos fundamentos justificadores do castigo em um e outro caso, ou seja, nos delitos dolosos, o castigo derivaria do que o autor fez, fundamentalmente do modo como direcionou sua ação, enquanto que no delito imprudente, a fonte do castigo seria basicamente o fato de ter violado um dever normativo.

A ideia de "violação de um dever de cuidado", para Roxin, não é mais do que uma simples generalização dos critérios de imputação objetiva.[137] Essa resolve e enfrenta o problema de modo mais claro, resolvendo problemas que critérios gerais e amplos como previsibilidade, possibilidade de reconhecimento, violação de dever de

cuidado ou evitabilidade,[138] não são capazes, de modo que “para a constatação do cumprimento de um tipo culposo não é necessário acudir a nada mais do que a teoria da imputação objetiva”.[139]

Portanto, no modelo de Roxin, como será visto adiante, a normatividade é absoluta, ou seja, não se fala em “elemento subjetivo” do tipo imprudente. Embora Roxin não mencione, essa circunstância é uma evidência de que a imprudência e dolo são instâncias normativas de valoração pertencentes à afirmação do ilícito, com nenhuma relação com o mero estabelecimento da tipicidade.

Não obstante, a insistência indevida no sentido de situar a discussão do dolo e imprudência no campo da tipicidade remete a que algumas concepções funcionalistas (e, portanto, normativas) ainda insistam em preservar uma dimensão subjetiva – sob forma de tipo subjetivo – dos ilícitos imprudentes.

É o caso, por exemplo, da concepção de Jakobs, para quem as questões de imprudência e dolo devem ser resolvidas no âmbito do tipo subjetivo.[140] Baseado no conceito fundamental de que a conduta reprovável se manifesta em uma não evitabilidade de algo evitável na posição de garantidor, a imprudência tem que ser uma forma de evitabilidade que não se relacione com o conhecimento a respeito do resultado. Assim, resulta que ao autor não se proíbe que atue com a violação do dever de cuidado, mas se lhe castiga justamente deixar de omitir a ação previsivelmente descuidada.[141] Há uma óbvia aproximação entre a omissão e o delito imprudente, já que o último só se realiza mediante a primeira, em obediência à tendência já antes identificada por Kaufmann.[142] Em resumo, Jakobs entende que “a imprudência é, pois, aquela forma da evitabilidade na qual falta o conhecimento atual do que se deve evitar”.[143]

A sistemática aqui adotada resulta diferente de todas as anteriores. A imprudência se encontra caracterizada como a segunda e menos grave modalidade ou instância de imputação subjetiva da pretensão normativa de ilicitude ou antinormatividade,[144] correspondente a um tipo de ação ou omissão. Ou seja, trata-se de situar sistematicamente o dolo e a imprudência ao lado do que a doutrina tradicional chama de antijuridicidade formal no âmbito da pretensão normativa de

ilicitude. Dolo e imprudência são, aqui, "*instâncias de imputação* ou *formas de ilicitude*".[145]

No modelo significativo de estruturação do sistema penal, nem o dolo nem a imprudência são constitutivos da própria ação, com o que não podem estabelecer critérios de sentido, ou participar da etapa conceitual ou de definição do delito, mas sim são critérios precisamente de responsabilidade, que se referem ao plano substantivo, que é justamente a confusão na qual incorreu Welzel e que é veementemente reprovada por Vives Antón.[146]

A definição da imprudência se busca por sua contrariedade com o dolo, já que "se diz que atua imprudentemente quem o faz sem intenção".[147] Claro está, porém, que o conceito de intenção aqui utilizado é diferente do mero desejo ou da simples vontade. É a expressão de sentido que traduz uma intenção através de um compromisso de atuar. Tal compromisso, uma vez expresso, permite, por isso, a atribuição de tais intenções ao sujeito que realiza a ação. Ou seja, a relação da ação com a intenção é interna, seu sentido se estabelece no contexto público, onde as regras técnicas e práticas fazem ou não referência, no caso concreto, ao sentido de uma intenção.[148] Definitivamente, o sentido de uma intenção se traduz no compromisso com a produção do resultado desvalorado a partir de uma análise normativa de circunstâncias e não psicológica de representações internas. Daí resulta clara a marcada distância entre a estruturação teórica proposta por Vives Antón e todas as teorias que, de um ou outro modo, se vinculam ao modelo finalista. Para Vives, a proposição de Welzel de um conceito de ação finalista é não só dogmaticamente insuficiente, mas filosoficamente incorreta.[149]

Com isso, se estabelece um equilíbrio entre dolo e imprudência na medida em que os dois são igualmente concebidos nessa formatação como entidades normativas.[150] Na imprudência, ao contrário do dolo, não há o compromisso de atuar, mas por outro lado, também não está presente o compromisso de evitação do resultado que deriva de uma exigência normativa.

Por isso, é possível dizer que o conteúdo da imprudência é a infração de um dever de cuidado e a ausência do compromisso com o resultado.

Assim as coisas, o conteúdo da imprudência é puramente normativo, não devendo ser entendido como algo representado pelo autor em sua mente, aspecto que, de qualquer modo, resulta inacessível.[151] Isso porque, ao adotarmos o significado ou sentido como paradigma de atribuição, é preciso reconhecer que "o sentido não se projeta de dentro para fora (da mente à vida social), mas de fora para dentro (da vida social à mente)".[152]

3.2 O conteúdo do ilícito imprudente e o momento de análise da imprudência na teoria do delito

Uma vez fixada a ideia de que o delito imprudente se caracteriza pela falta de compromisso para com a produção do resultado, que já se sabe o que é em função da definição do conteúdo do dolo, restaria ver o que deve ser entendido, em termos normativos, por ausência de compromisso para com a evitação do resultado exigido pela instância normativa.

Isso representará o conteúdo que marca especificamente o ilícito imprudente, deli-mitando-o em face das situações de impunidade por falta de contribuição subjetiva para com o ilícito, que constitui precisamente a delimitação negativa derivada do princípio de culpabilidade.

Os ilícitos imprudentes são tratados pela doutrina em geral como *abertos*,[153] porque necessitam sempre do complemento de uma valoração judicial, carecendo da mesma concreção de que os crimes dolosos dispõem, razão pela qual se discute inclusive a questão de obediência ao princípio de legalidade em sua vertente de determinação ou certeza.[154] Tal compatibilidade pode resultar duvidosa ao constatar-se que o juiz, perante o caso concreto, é quem vai determinar os requisitos da conduta incriminada.

Com efeito, o enunciado típico não esgota a descrição da conduta desvalorada nos crimes imprudentes, já que esses contam com uma infinita variedade de formas de execução.

Daí deriva o posicionamento de Juarez Tavares,[155] no sentido de que o juízo de imputação a respeito dos crimes imprudentes se formula não no campo da tipicidade

pura e simples, mas sim na fórmula do tipo de injusto, posto que o seu reconhecimento depende de uma complementação da análise da violação de um dever jurídico, que é tarefa que envolve todo o ordenamento jurídico e não apenas um juízo positivo de antijuridicidade.[156] Essa concepção do tipo permite ao autor, de resto, negar que os tipos imprudentes sejam *tipos abertos*.[157]

Não obstante, Jescheck e Weigand[158] manifestaram entendimento no sentido de que a circunstância de exigir uma valoração concreta judicial *a posteriori* para a complementação do tipo culposo não viola a dimensão da certeza do princípio de legalidade porque os concretos deveres de cuidado estão em permanente mutação, de acordo com a evolução da sociedade, e justamente essa evolução pode ser muito melhor compreendida pelos destinatários da norma pela via da *praxis* judicial do que pelo enunciado fechado das leis. No mesmo sentido, Roxin[159] sustentou que os tipos dolosos e imprudentes têm um mesmo desenho de conteúdo objetivo, diferindo apenas pelo acréscimo do dolo nos primeiros, razão pela qual há pleno cumprimento das exigências constitucionais.

Na fórmula aqui adotada, se coincide com Tavares no sentido de que efetivamente a análise da imprudência exige uma desvaloração axiológica que transcende em muito a análise de tipicidade. Daí que se inclui no âmbito de afirmação da pretensão de ilicitude a discussão de dolo e imprudência.

3.3 A regulamentação jurídica da imprudência no Código Penal

O Código Penal brasileiro menciona que o que chama de *crime culposo* é aquele provocado por imprudência, negligência ou imperícia.[160]

Esses comportamentos são definidos classicamente como formas de violação de dever de cuidado distintas, porém, uma breve análise de cada uma termina por revelar uma uniformidade. Assim, a imprudência é considerada a atuação comissiva, porém impulsiva, precipitada, insensata, não resguardada por cuidados devidos. A negligência seria representada por uma falta de cuidado, uma omissão em face do dever, uma displicência, e a imperícia seria uma falta técnica, uma desobediência a norma técnica de arte, ofício ou profissão. O que não se pode negar é que quem foi

imperito agiu de modo desmedidamente ousado, atrevido, foi, portanto, imprudente. Do mesmo modo, quem negligenciou dever de cuidado atuou de forma exageradamente confiante, de modo imprudente. Isso demonstra que as três categorias são reconduzíveis a uma única: a imprudência.[161]

A imprudência deriva, resumidamente, de uma conduta descuidada.

Todo o crime – e o imprudente não é exceção – se equilibra em desvalor de ação e desvalor de resultado. Assim, pode-se dizer que no crime imprudente, o desvalor de ação é representado pela violação de um dever de cuidado objetivo, que representa a criação ou incremento do risco até alcançar níveis para além do permitido. O desvalor de resultado advém, pois, da realização nesse, do risco criado.

Assim, o conteúdo do delito imprudente resulta completamente normativo, inclusive no que refere ao sujeito, ou seja, ao componente subjetivo de sua identificação. Ainda que seja certo que o sentido comunicativo de uma intenção deriva do processo que se estabelece entre o sujeito e o objeto, é esse processo – e não o sujeito ou o que ele pensa – que se inter--relaciona com a norma no estabelecimento dos níveis de pretensão dessa última. Assim, um aspecto unicamente psicológico (que é o que se passa na cabeça do autor em termos de representação do resultado) não pode determinar diferenças axiológico-normativas quanto às pretensões da norma.[162]

O ilícito imprudente se fundamenta na discussão a respeito do cotejo entre a atuação e a capacidade de atuar do indivíduo. Assim, a imprudência representa uma atuação inferior à capacidade de atuar exigível.

3.4 Os elementos do ilícito imprudente. As etapas de identificação da violação dever de cuidado

Obviamente, a primeira questão que se põe é de que capacidade individual se está falando. A imputação de um resultado desvalioso a alguém depende de fundamentação em critérios objetivos. Porém, a capacidade individual de atuação é variada, já que uma situação de trânsito, por exemplo, pode envolver um piloto de Fórmula 1 ou uma pessoa portadora de deficiência visual, com diferentes níveis de

capacidade de condução do veículo.

Ocorre que a análise da capacidade individual costuma ser tratada pela doutrina como objeto da pretensão de reprovação da norma, a ser discutida no âmbito da culpabilidade. Por essa razão se sustenta que o que remanesce discutível no plano da pretensão de ilicitude é tão somente a existência ou não de padrões mínimos, genéricos, que possam ser antecipados em face a todas ou a um grande número de pessoas.

Assim, resta posta a primeira discussão, relacionada aos critérios de análise da capacidade de atuação em face da responsabilidade imprudente. A doutrina fala, aqui, em critério da *generalização* e critério da *individualização*.

O *critério da generalização* é também chamado de *critério duplo*, porque dirige a questão da imprudência tanto ao tipo quanto à culpabilidade.[163] Faz, no âmbito do tipo, uma análise da imprudência a partir de uma capacidade genérica exigível em face de atuação, deixando as questões relacionadas com uma capacidade individual, maior ou menor, de determinado sujeito, para cotejo no âmbito da culpabilidade.

Assim, a avaliação sobre uma especial habilidade, inteligência ou capacidade técnica específica do autor, ou mesmo qualquer especial dificuldade ou incapacidade, passam a ser tomadas como questões relacionadas com a pretensão de reprovação expressa na culpabilidade. A efeitos do tipo imprudente, isso significa a criação de *standards* de reprovação, relacionados a um padrão de atuação exigível a partir de uma consideração *média*. Daí o advento da expressão *homem médio* para definir o que identifica o comportamento imprudente.

É claro que uma perspectiva dessa natureza termina por exigir – ao menos no campo do tipo – mais de quem pode menos, ou seja, exige a média de atuação em face de alguém que tem déficits justificantes da violação de dever, por exemplo, o reflexo no trânsito de parte de motorista idoso e com deficiência visual, e menos de quem pode mais, posto que exige a média de comportamento daquele que possui um rendimento específico mais elevado no caso concreto, assim, por exemplo, para o cuidado no trânsito em face de pilotos de provas, ou de primeiros socorros prestados

por um estudante de medicina.

Em contrapartida, o *critério de individualização*[164] é uniforme e trata a questão individual já no campo do injusto, nada remetendo para a culpabilidade. Pretende que as considerações sobre a violação de dever características do tipo imprudente sejam determinadas a partir das diferenças de capacidade individual das pessoas – critérios de escolaridade, inteligência, habilidades especiais etc. –, de modo que o reconhecimento do tipo imprudente aconteça quando o sujeito violou um dever exigível dele segundo seu próprio conjunto de habilidades, afastando completamente o critério de generalização.

Com uma *proposta intermediária*, Roxin[165] propôs uma combinação dos critérios de generalização e individualização, sustentando que deve ser exigida uma atuação especial daqueles que possuem especiais habilidades, porém é necessário um padrão mínimo de exigência para todos. Dessa forma, entende que não deve ser desprezado um limite mínimo de dever imposto inclusive àquele que tenha especiais dificuldades, sem prejuízo de que a sua responsabilidade, mais tarde, seja afastada no campo da culpabilidade. Portanto, aquele que realiza um resultado desvalioso e indesejado porque não tem como evitar o descumprimento de um dever em face de uma circunstância pessoal individual é autor de fato típico imprudente, devendo discutir sua especial incapacidade em termos de culpabilidade, mais precisamente, no campo da exigibilidade de conduta conforme o direito. Em contrapartida, aquele que possui alguma capacidade especial relacionada com o tipo assume, em função disso, um nível maior de dever, equivalente a essa especial capacidade. Em razão disso, por exemplo,

> “um piloto de *rally* deve empregar suas habilidades especiais para evitar um atropelamento, o que seria impossível a um condutor comum; um cirurgião de competência reconhecida deve empregar sua capacidade especial para salvar uma vida, o que está além do poder de um cirurgião comum”.[166]

Para Roxin, o tipo imprudente não conta com elementos subjetivos, resumindo-

se, na parte objetiva da imputação, exatamente aos critérios de imputação objetiva, que inclusive são comuns entre o delito imprudente e o doloso. Tal similitude costuma ser precisamente um dos elementos que os defensores de um finalismo tradicional reprovam nos autores que adotam a teoria da imputação objetiva.[167]

É que, segundo seu entendimento, a ideia de imputação objetiva do resultado contém todo o injusto imprudente e "para a constatação do cumprimento de um tipo culposo não é necessário acudir a nada mais do que a teoria da imputação objetiva".[168]

Assim, tal violação vai existir somente onde não tem cabimento a exclusão de responsabilidade pelos critérios de imputação seguintes: (a) se não se criou, desde o princípio, nenhum perigo juridicamente relevante mesmo que o resultado desvalioso se produza; (b) se o perigo existente, gerador do resultado desvalioso, não foi incrementado pelo agente, mesmo que tenha atuado perigosamente; (c) se o risco criado não foi o que se plasmou ao final, no resultado; (d) se o risco criado que contribuiu para o resultado não se encontra no fim de proteção do tipo a que se refere.

Para Roxin, em resumo, a violação do limite de risco não permitido ou o incremento do risco já existente, a realização do risco no resultado e a produção de tal resultado dentro do alcance da norma constituem a base sobre a qual se assenta o castigo do delito imprudente.

Por outro lado, Roxin admite que uma vez determinada a tipicidade imprudente com base em critérios exclusivamente objetivos de imputação, cumpre analisar, no âmbito da culpabilidade imprudente, se o sujeito individual, no caso concreto, poderia ter cumprido o mandado geral de cuidado e previsão.[169] E aqui – e não no injusto, como se defende neste trabalho –, teria lugar considerar os conhecimentos especiais que eventualmente possui o autor a efeitos de determinar o grau de exigência que se lhe pode atribuir o direito no caso concreto.[170] Assim, para Roxin, "as capacidades inferiores à média não podem excluir o tipo e a antijuridicidade, enquanto que as capacidades superiores à média devem, porém, empregar-se. Portanto, se deve generalizar 'para baixo' e individualizar 'para cima'".[171] Desse modo, as capacidades inferiores não podem excluir o injusto ou a tipicidade, mas

somente a culpabilidade.[172]

A fórmula aqui adotada, conquanto seja também, em certa medida, conciliatória, reconhece a necessidade da mescla de aspectos individuais e generalizantes, porém, não os remete – como faz Roxin – a meros critérios gerais de imputação objetiva. Até porque, justamente o perfil individualizante adotado pelo célebre professor de Munique remete à ultrapassagem de meros critérios de imputação objetiva que, conquanto sejam tópicos, estabelecem regras para grupos de casos, sem que se possa incluir, como critérios, aspectos efetivamente individualizantes.

Assim, é preciso compreender que a caracterização do delito como *imprudente* é parte do raciocínio escalonado próprio da formulação teórica do delito.

A perspectiva aqui adotada parte de reconhecer que os critérios de imputação objetiva são capazes de afirmar um comportamento *standard* exigível, que corresponde à afirmação do tipo de ação.

No entanto, justamente a adição de um elemento subjetivo ao ilícito imprudente, que se identifica a partir da comunicação de sentido de um da falta de compromisso para com a evitação de um resultado, exigida normativamente – e que é situada no âmbito da pretensão de ilicitude –, é que faz delimitar o âmbito do punível por imprudência, separando o ilícito imprudente do caso fortuito.

Segundo o que se defende aqui, a determinação da imprudência deriva da falta de compromisso com a evitação de um resultado previsto e proibido pela norma, que afinal consiste na violação de um dever de cuidado, resulta imprescindível discutir o tema de como se determina esse dever.

3.4.1 Primeira etapa. O dever geral de cuidado objetivo. Correspondência ao tipo de ação

Para Vives, "o dever de cuidado se determina, a princípio, a partir da normativa vigente, das normas socioculturais e da experiência comum, das quais derivam certas regras que devem ser seguidas para evitar os perigos derivados de uma conduta",[173] que corresponde à primeira parte da questão, a violação do cuidado objetivo.

Orts Berenguer e González Cussac assim desenham tal dever de cuidado:

> “Corresponde ao atuar diligente, a determinar conforme a experiência comum, as normas socioculturais e a normativa vigente, que prescrevem uma atuação conforme às mesmas para evitar os perigos derivados da conduta. A imprudência comporta a infração das mais elementares regras de cautela ou de diligência exigível ao *homem prudente e consciente* no marco de uma determinada atividade.”[174]

Cumpre notar que não se adota aqui a teoria do *homem médio* para definir o dever objetivo de cuidado, mas “a previsibilidade máxima da conduta, medida *ex ante*, ou seja, com o nível máximo de atenção exigível ao cidadão com as maiores possibilidades (critério de previsibilidade geral)”,[175] mas já na etapa anterior, correspondente ao tipo de ação. Ou seja, a violação do dever de cuidado, no delito imprudente, é um aspecto de definição conceitual do próprio tipo de ação, pertencente, portanto, à pretensão de relevância da norma. A afirmação da existência de um tipo de ação nesses casos já descreve, de entrada, a violação do dever que lhe corresponde.

Em outras palavras, a análise do dever objetivo de cuidado está referido ao tipo de ação, ocupando uma posição sistemática na primeira das pretensões de validade da norma, enquanto que o dever subjetivo de cuidado será analisado na pretensão de ilicitude, ou seja, na segunda pretensão de validade normativa.

3.4.2 O dever subjetivo de cuidado como instância subjetiva da pretensão de ilicitude

Uma vez determinado qual é o dever objetivo de cuidado, segundo tais regras, o passo seguinte é determinar o nível do dever subjetivamente exigível ao sujeito em concreto, a respeito da previsibilidade de sua conduta, comparando as circunstâncias concretas com seus conhecimentos, capacidades e demais circunstâncias pessoais.[176] Essa etapa, porém, pertence já à pretensão de ilicitude, à segunda pretensão normativa que vai afirmar ou não o sentido de uma intenção.

Assim, não há dúvidas a respeito de que ao delito imprudente também deve ser

atribuído um elemento subjetivo. Ou seja, a responsabilidade imprudente não é, nem pode ser, pelo desenvolvimento dos princípios fundamentais do direito penal, uma responsabilidade unicamente objetiva. Mas, o ato de reconhecer a responsabilidade penal subjetiva não quer dizer que o elemento subjetivo necessariamente deriva de um aporte psicológico. A única coisa que define é que a responsabilidade penal – seja dolosa ou imprudente – tem obrigatoriamente que derivar, ao menos em alguns de seus componentes, de aspectos pessoais. De não ser assim, o sistema estaria enredando no mesmo círculo fechado normativo no qual caiu o funcionalismo sistêmico, ou seja, no completo desprezo ao ser humano, que constitui o princípio e o fim de todo o direito.

Com isso, justamente para abordar o tema desde uma perspectiva do sujeito, se entende que na verificação da previsibilidade subjetiva do resultado não tem lugar o conceito de *homem médio*, mas é preciso acudir a uma individualização do padrão de análise.

Enfim, uma vez constatada a existência do tipo de ação, no qual está demonstrada a violação do dever objetivo de cuidado, no âmbito da pretensão de ilicitude, a demonstração da responsabilidade por imprudência demanda a comprovação de uma dimensão subjetiva do ilícito imprudente representada pela infração de um dever subjetivo de cuidado. O que efetivamente determina a responsabilidade por imprudência é uma verificação axiológica (normativa) de que o sujeito concreto, diante de suas circunstâncias pessoais, no fato concreto, poderia ter previsto e evitado o resultado desvalorado pelo Direito.[177]

Portanto, a perspectiva que se adota é da separação de, por uma parte, o dever objetivo de cuidado (previsibilidade geral) que se discute no âmbito do tipo de ação, onde a análise passa por verificar se concorre a violação de cuidado objetivo, representada pela evitabilidade geral da produção do resultado se o sujeito tivesse atuado conforme o direito; e por outra, o dever subjetivo de cuidado,[178] que é individual e se discute na pretensão de ilicitude, através do exame da capacidade individual no fato concreto, de previsibilidade do risco e do resultado.[179]

A parte, resulta importante também a manutenção de um lado pessoal da afirmação da imprudência preservando a base de estruturação de princípios

fundamentais do Direito penal[180] e evitando oposições que se costuma lançar sobre as teses funcionalistas de excessiva objetivização da imputação.[181]

Adotada a perspectiva que aqui se segue, a discussão axiológica sobre dolo e imprudência se traslada para a afirmação da pretensão da ilicitude, constituindo um juízo normativo de afirmação de uma das dimensões do ilícito penal.

3.5 Das diferentes categorias de imprudência. Imprudência grave ou leve *versu* imprudência consciente e inconsciente

Do mesmo modo que foi referido quanto ao dolo, também é quantitativa a diferença que se pode fixar entre classes de culpa, que só podem ser resolvidas – no sistema espanhol, inclusive legislativamente – com base na diferença entre culpa grave ou leve, sem recorrer à clássica distinção entre imprudência consciente e inconsciente.

As razões para tanto são elementares: se dolo e imprudência são instâncias normativas derivadas da expressão de sentido de circunstâncias em face da conduta realizada, é esse desvalor – e não a consciência ou inconsciência, que ademais, é uma instância inacessível – que determina a maior ou menor desvaloração do caso.

Claro está que a distinção da doutrina em geral entre a imprudência consciente e inconsciente – que sempre careceu de relevância prática, já que não implica qualquer alteração de responsabilidade – esteve permanentemente associada a uma concepção ontológica do fenômeno subjetivo do delito, ou seja, de propostas com pretensões psicológicas de definição de dolo e imprudência. No momento em que se acolhe que nem o dolo nem a imprudência são categorias cujo conteúdo é passível de definir a partir de processos mentais, é obrigatório o reconhecimento de que não tem mais cabimento falar de uma subclassificação de tais categorias segundo precisamente tais elementos.

No panorama legislativo espanhol, inclusive, já se consolidou a questão da imprudência segundo parâmetros quantitativos e normativos, firmando a diferença entre imprudência grave ou leve.[182] O fato de que uma tal diferença tenha sido concretizada legislativamente na imprudência e não ainda no dolo é produto de que

naquela o reconhecimento de seu caráter exclusivamente normativo pela doutrina é bastante mais antigo, já que é por todos reconhecido que nem sequer teoricamente a distinção entre culpa consciente e inconsciente tem qualquer importância.[183]

3.6 Concorrência e compensação de imprudências

Denomina-se *concorrência de culpas* ou *concorrência de imprudências* quando mais de uma pessoa concorre imprudentemente para a produção do mesmo resultado desvalioso. Entretanto, aqui não se trata de concurso de crimes sob forma de coautoria, mas apenas de autoria colateral.[184]

Imagine-se, por exemplo, um acidente de trânsito em que um autor conduzia seu veículo em excesso de velocidade e sob efeito de álcool e não consegue, em virtude disso, evitar o choque com outro veículo que, imprudentemente, cruza a via preferencial em que o primeiro trafegava, sem aguardar a passagem do fluxo.

Ambos os condutores são integralmente e mutuamente responsáveis pelo resultado. Entretanto, não há aqui concurso de pessoas, à míngua de liame subjetivo. O que existe é mera concorrência de imprudências.

Por outro lado, a imprudência de um não pode ser compensada – como no caso da indenização civil – pela imprudência do outro. Desse modo, restam responsabilidades penais para cada um deles pelas lesões cometidas contra o outro.

4 OS LIMITES ENTRE O DOLO E A IMPRUDÊNCIA

Uma vez afirmado que dolo e imprudência são conceitos normativos, pertencentes a uma instância axiológica de afirmação da pretensão subjetiva de ilicitude, bem como que sua identificação sempre se dá através de circunstâncias, resulta claro que há uma diferença de desvalor entre a conduta dolosa e a imprudente.

Ademais, existe uma escala de desvalor, impondo a diferenciação entre dolo direto e eventual, entre imprudência grave ou leve, que conduz à necessidade de discussão dos critérios de identificação de uma ou outra modalidade de ilícito.

Não obstante, a delimitação entre dolo e imprudência é um tema assaz tormentoso,[185] chegando-se, por vezes, à afirmação de que tal diferenciação não pode

ser alcançada.[186]

A grande divergência de fórmulas apresentadas para delimitar dolo e imprudência recomenda, antes de firmar um posicionamento, ao menos apontar as principais tendências que ocupam o debate. Para tanto, a fórmula usual é a de agrupar as explicações de acordo com o elemento do dolo (conhecimento ou vontade) no qual as diferentes tendências focaram a distinção, que usualmente se toma entre dolo eventual e culpa consciente.

Como já visto nos tópicos anteriores, a postura aqui adotada, de uma perspectiva normativa de desvalor de circunstâncias em busca da afirmação ou não do compromisso para com a produção do resultado, converte tal distinção em quantitativa e não qualitativa, daí falar-se não em imprudência consciente ou inconsciente, mas sim em imprudência leve e imprudência grave.

Portanto, por razões eminentemente didáticas, o que se fará aqui será apresentar as tendências clássicas de discussão da fronteira entre dolo e culpa (imprudência) a partir do dolo eventual e da culpa consciente, para depois apresentar, em tópico separado, a fórmula de distinção subscrita.

4.1 As clássicas teorias da vontade *(Willenstheorien)* e teorias da representaçã *(Vorstellungstheorien)*

Para as teorias da vontade ou *volitivas*, a separação entre dolo eventual e imprudência consciente deve ser buscada no elemento volitivo do dolo, discutindo-se as derivações da ideia de consentimento, enquanto que para as teorias da representação ou *intelectivas*, é no âmbito do elemento *conhecimento* que se logra identificar e delimitar o dolo eventual.[187]

4.1.1 Teorias intelectivas ou cognitivas

Entre as teorias que fundamentam o dolo eventual a partir *da representação* destacam--se a teoria da *possibilidade ou da representação*, a *teoria da probabilidade*, a *teoria do risco* e a teoria do *perigo desprotegido*.

Para a teoria da *possibilidade ou representação*,[188] basta que haja o

conhecimento sobre a possibilidade de ocorrência do resultado para estar presente o dolo eventual. Somente escapa ao dolo aquilo que não figura, como resultado, no campo da possibilidade. A consequência é a completa eliminação da imprudência consciente como categoria.

Evidentemente, a adoção dessa teoria implica uma clara ampliação do âmbito do dolo e uma simplificação do seu conteúdo, reduzindo o dolo ao conhecimento.

A teoria da *probabilidade*, defendida primeiramente por Helmuth Mayer,[189] é uma variante da teoria da possibilidade[190] e desenha o dolo eventual a partir do reconhecimento, por parte do autor, de uma tendência à ocorrência do resultado desvalioso para o bem jurídico. A *probabilidade*, no sentido dessa teoria, significa mais que possibilidade e menos do que o preponderantemente provável.[191]

Há variantes dessa teoria, organizadas modernamente a partir de diferentes concepções a propósito do que traduz o resultado desvalioso, que devem fazer parte do conhecimento do agente, seja a representação de um *perigo concreto*, como quer Joerden,[192] um *perigo qualificado*, como pretende Ingeborg Puppe,[193] ou um *sério risco*, como menciona Schumann.[194]

Segundo Puppe, a conduta é dolosa quando "o perigo que o agente, consciente ou inconscientemente produziu para o bem jurídico for de tal quantidade e qualidade, que uma pessoa sensata ou cuidadosa só aceitaria sob a condição de que o resultado deveria ocorrer".[195]

O uso do critério de "uma pessoa cuidadosa" não é condizente com a realidade, pois é um conceito abstrato que nada significa, além do que, provocativo de uma indevida objetivação do elemento subjetivo, qualificada por Roxin[196] de "excessiva normativização", produzindo uma ampliação do alcance do dolo a atitudes levianas, sob o simples argumento de que uma pessoa sensata teria atuado de modo diferente. Essa mesma situação leva Prittwitz a qualificar o critério de "profundamente injusto".[197]

Jakobs oferece ainda outra variante, denominada *teoria da séria possibilidade,* tomando por base *o risco habitual do sujeito*. Buscando superar o critério objetivo, pretendo que seja tomada em consideração a experiência individual do sujeito, a qual

deverá ditar se os resultados de sua atuação figuram como prováveis ou improváveis.

Tavares[198] comenta que a essa teoria são oponíveis todas as objeções apresentadas às demais teorias da possibilidade, acrescidas ainda dos problemas derivados da inserção do dolo já não no sujeito, mas em seu *ciclo organizativo*, afastando a perspectiva de humanidade que há de ter a teoria do delito.

Por sua vez, a teoria do risco, defendida especialmente por Frisch,[199] identifica o dolo eventual quando o agente *leva a sério* que de sua conduta possa derivar o resultado, em contraposição à culpa consciente na *confiança na evitação do resultado.* Aparentemente, a teoria se relaciona com a teoria da possibilidade, porém, parte-se da ideia de que o conhecimento não pode abranger atos futuros, tão somente objetos presentes, ou seja, o conhecimento não se refere ao resultado, mas apenas à conduta,[200] e com base nele o sujeito *leva a sério* ou não as possibilidades de ocorrência do resultado.

Critica-se aqui a ausência do elemento volitivo, o que torna a concepção incompatível com o modelo legislativo brasileiro, estampado no art. 18, inciso I, do Código Penal, e a fixação apenas no desvalor da conduta, desprezando aspectos importantes da imputação.[201] Nesses aspectos, a meu ver, destaca-se o fato de que, em sendo a imputação uma operação *a posteriori*, as circunstâncias do resultado necessariamente influem nos indicadores externos para a definição do que orientou a conduta,[202] especialmente porque a afirmação do dolo se baseia na ideia de transmissão de sentido de uma previsão, propósito e intenção, referidos justamente ao resultado, no sentido de projeção para o futuro.[203]

Finalmente, com Herzberg,[204] foi apresentada a chamada teoria do *perigo desprotegido*.

A ideia central que constitui seu ponto de partida é que "não interessa se o autor levou a sério um perigo conhecido, o que interessa é saber se ele conhece um perigo que deveria ter levado a sério".[205]

Com isso, o que deve ou não ser levado a sério é determinado normativamente, através de critérios objetivos. Assim, o perigo doloso é "desprotegido" e o perigo imprudente, "protegido".

Haveria dolo eventual quando durante ou depois da conduta do autor, intervém apenas ou em grande parte a sorte ou azar, ou ainda a casualidade, para que o resultado criminoso não se produza.[206]

Portanto, quem joga roleta-russa ou pratica relações sexuais com uma garota que aparenta ter menos de 14 anos age com dolo eventual, pois o perigo está desprotegido, não há fatores de interferência para com a produção do resultado além da mera casualidade, sorte ou azar.[207]

Ao contrário, seriam hipóteses de imprudência aquelas nas quais haveria *perigo protegido*, ou seja, "quando o próprio sujeito imprudente, o sujeito posto em perigo, ou um terceiro", podem possivelmente evitar que o resultado delitivo se produza, uma vez que prestem atenção.[208]

Assim, se um capataz envia o aprendiz sem experiência e sem os aparatos de segurança contra queda para um andaime, se um professor permite que seus alunos banhem-se em um rio, a despeito dos avisos de perigo existentes, a despeito da postura de anuência subjetiva interna com o resultado, se esse se produz, somente poderá ser atribuído ao autor por culpa, já que se trata de perigos cobertos pela possibilidade de que o aprendiz ou os alunos tomassem cuidado para evitar o resultado.[209]

Roxin[210] critica a tese de Herzberg a partir de considerá-la como um mero intento de supressão de dados subjetivos da questão, e de resolução meramente objetiva da questão, afastando os aspectos volitivos, coisa que resulta indesejável.

Ingeborg Puppe,[211] por sua vez, entende que o critério estabelecido é demasiado manipulável, porque, visto de uma perspectiva *ex ante*, sempre haverá dados que se possam opor ou interferir para evitar o perigo. Assim, se esses devem ser considerados em separado daqueles que predispõem ao perigo, chega-se sempre a um perigo protegido, por outro lado, se os fatores impeditivos e de predisposição forem considerados juntos, de modo global, sempre haveria um perigo desprotegido.

Ademais, conquanto também possa ser aproveitada a ideia de perigo coberto ou não pelo controle do sujeito, os mesmos exemplos podem ser interpretados em diferentes sentidos conforme as circunstâncias, pelo que "não resta claro que o perigo

coberto ou *assegurado* não deva nunca fundamentar o dolo eventual".[212] Ora, a possibilidade de evitação do resultado por parte da vítima potencial, por exemplo, contra a atitude do autor que viola, em alta velocidade, um semáforo fechado pode variar segundo seja um local de maior ou menor fluxo de veículos, segundo o horário etc. e, segundo essas variações, transmitir o sentido diferente.

Porém, ainda que não se possa aceitar esse critério como baliza única, pode-se admiti-lo como um dos indicadores externos a serem levados em consideração para a aferição do dolo.[213]

4.1.2 Teorias volitivas

As teorias *da vontade* referem-se ora ao *consentimento*, ou *aprovação*, ora à *indiferença* e ora na *vontade de evitação* não comprovada, como fórmulas de identificação do dolo eventual.

A mais antiga dessas fórmulas ainda dominante é a chamada *teoria do consentimento*, elaborada por Mezger,[214] onde já aparecia a ideia de probabilidade de ocorrência do resultado. Estando presente uma possibilidade de ocorrência do resultado digna de ser *levada a sério*, se o sujeito ainda insiste em atuar, age com *aprovação* em face do resultado, ou seja, o *consente*, pelo que está presente o dolo eventual.

Essa teoria é muito próxima da concepção adotada pelo Código Penal brasileiro para a definição do dolo eventual.[215]

A crítica a essa teoria é de que a *aprovação* do resultado é própria do dolo direto, posto que a aprovação da realização não precisa traduzir-se em um resultado desejado pelo sujeito para derivar, por exemplo, em uma situação de dolo direto de segundo grau. Assim, essa teoria estaria restringindo excessivamente o dolo direto em favor do dolo eventual.[216]

Além disso, é possível que um resultado muito improvável seja objeto justamente da pretensão do sujeito, como por exemplo, nos disparos a longa distância.[217]

Por sua vez, a teoria da *indiferença*[218] sustenta que o dolo eventual se traduz em

uma atitude de alto grau de indiferença em face dos efeitos eventualmente advindos de sua conduta, excluindo-se aqueles indesejados.

As críticas a essa postura se dirigem ao fato de que os limites do indesejado não interferem no dolo, nem mesmo no dolo direto, como o demonstra a hipótese de dolo direto de segundo grau. Depois, a própria imprudência inconsciente pode ser reveladora de um desleixo tal que caracteriza justamente uma postura de indiferença em face de resultados colaterais da conduta pretendida.[219]

Por sua vez, a teoria da *não comprovada vontade de evitação do resultado* deriva dos estudos de Armin Kaufmann sobre a teoria dos elementos negativos do tipo,[220] com a qual pretende identificar a qualidade da ação a partir de existência ou não de uma pretensão de evitação.[221] O dolo, então, estaria presente quando "o agente, a respeito de umas consequências secundárias não desejadas que trata de evitar, realiza uma 'vontade' evitadora que domina o fato".[222] O autor que, juntamente com a atuação, valer-se de contrafatores que possam influenciar na evitação do resultado estará atuando em imprudência consciente e não com dolo eventual.

Criticamente, afirma-se que a não ativação de contrafatores também pode derivar de leviandade e, em contrapartida, a ativação de tais contrafatores não necessariamente corresponde à confiança na evitação do resultado típico,[223] como demonstra o conhecido caso do *Lederriemenfall*.[224]

Ademais, na vida cotidiana, é frequente a falta de precauções específicas em atitudes de risco e, nem por isso, tais condutas acabam sendo consideradas necessariamente dolosas.[225] Roxin[226] exemplifica com o caso de uma pessoa que descuidadamente atira a bituca de um cigarro acesa em um local com perigo de incêndio. Ela obviamente atuou imprudentemente e não dolosamente, porém, não ativou qualquer *contrafator* de cuidado em face de sua conduta. Tavares admite, porém, que a tomada de uma medida especial de cuidado possa servir de indicador externo de possível exclusão do significado doloso de uma conduta.[227]

Entre as teorias da vontade, Juarez Tavares[228] propõe interessante critério de distinção que parte da consideração de que a diferenciação entre dolo e imprudência, precisamente na fronteira entre o dolo eventual e a imprudência consciente, há de

tomar por referência não a estrutura conceitual da conduta, mas sim a intensidade da lesão ou perigo ao bem jurídico representado pela conduta.

Isso porque, em sendo o dolo atribuição normativa, ele não trata de uma realidade consensual pertencente intrinsecamente à conduta, mas sim uma instância normativa de imputação, devendo ser afastada qualquer concepção ontológica ou puramente psicológica a seu respeito.[229]

O dolo "só adquire significado se compreendido no contexto de um processo de imputação ao sujeito em face do risco que sua conduta, assim dirigida volitivamente, representa para o bem jurídico".[230]

Assim, verifica-se que Tavares concorda em que o dolo é *significativo*, ou seja, é identificado através de uma representação de sentido.

4.1.3 A categoria intermediária. Proposta de aproximação da Recklesness?

Há ainda uma terceira proposta, referida por parte da doutrina,[231] no sentido de abandonar a distinção entre dolo eventual e culpa consciente em prol da criação de uma categoria intermediária entre dolo e imprudência que fosse capaz de abranger tanto dolo eventual quanto culpa consciente.

Com efeito, não se pode dizer que as fórmulas clássicas de distinção entre dolo eventual e culpa consciente tenham produzido resultados práticos positivos, pois é bastante óbvio que o ato de distinguir entre os institutos com base no critério de se o sujeito anui ou se contrapõe mentalmente ao resultado beira o ridículo. Ao ser completamente inacessível ao responsável pela imputação o que vai na mente do agente criminoso, o caso oferece porta aberta a um decisionismo.

Além disso, é preciso admitir que há situações concretas em que a postura leviana em face da eventual produção do resultado é, no mínimo, equivalente à excessiva autoconfiança em evitá-lo. Pense-se por exemplo, no sujeito que decide cruzar um sinal vermelho de tráfego de veículos a toda velocidade apenas para provar a capacidade do seu veículo e culmina provocando um acidente letal. Resulta completamente inaceitável que a pena de 12 a 30 anos do homicídio doloso qualificado pelo motivo fútil seja aplicada àquele a quem não importava se cruzaria

outro veículo, converta-se em pena de 2 a 4 anos caso se conclua que sua postura foi de autoconfiança excessiva, porque ele acreditava que sua destreza como piloto pudesse evitar a produção do choque.

Nesse aspecto, resulta de todo conveniente que o Direito Penal continental se debruce sobre as soluções que vem sendo oferecidas pelo Direito penal do *common law*. A solução da parte subjetiva da imputação – *mens rea* – se baseia em estruturas bastante mais razoáveis que as nossas no que tange a essa diferenciação.[232]

Na verdade, o ponto de partida anglo-saxão é uma adequada diferenciação entre regras de conduta e regras de decisão.[233] As exigências de clareza, precisão e racionalidade das normas se alcança pela realização da função comunicativa das regras de conduta, e se vinculam de modo estrito apenas aos elementos objetivos do fato, quais sejam a ação, o resultado e as circunstâncias nas quais a ação se realiza.

Aquilo que chamamos *elementos subjetivos*, que, grosso modo, se poderia sustentar como equivalentes a uma culpabilidade no sentido principiológico de contribuição subjetiva para o delito, é que o no *Common Law* se chamaria *mens rea*. Essa *mens rea* está vinculada, por sua vez, não às regras de conduta, mas às regras de decisão, ou seja, as regras orientativas dos operadores do direito a respeito de como imputar as responsabilidades.[234]

Portanto, existe, de entrada, na tradição do direito anglo-saxão, uma concepção muito clara de que os elementos subjetivos são atributivos, não dados naturais, o que torna muito mais fácil entender a concepção atributiva da pretensão subjetiva de ilicitude.

O *Model Penal Code* oferece, na seção 2.02, quatro tipos de imputação subjetiva. O autor do delito pode ter atuado *pruposely*, que equivale a uma atuação com dolo direto, conhecimento, antecipação do resultado e direcionamento da vontade para a sua produção; *knowingly*, segundo a qual, o sujeito atua com conhecimento de que a sua conduta dará causa praticamente certa a um resultado correspondente aos elementos materiais do delito, igualmente por ele conhecidos; *recklesly*, quando se atua indiferentemente a respeito dos elementos materiais do delito e conscientemente não se importa com um risco substancial e injustificado sobre a produção do

resultado. Nesse caso, o risco deve ser de uma natureza ou grau que, considerando a natureza e o propósito da conduta do autor e as circunstâncias do fato conhecidas por este, a desconsideração a respeito do risco implique em severo desvio do comportamento padrão de condutas de pessoas respeitadoras das normas, nas mesmas circunstâncias e, finalmente, *negligently*, quando negligencia em sua conduta os cuidados elementares para a evitação da produção material do resultado. Nesse caso, o risco deve ser de tal natureza e grau que se revele que o agente tenha falhado em percebê-lo, levando em conta o propósito de sua conduta e as circunstâncias por ele conhecidas, desviando-se do cuidado padrão de pessoas prudentes.

Neste quadro, como se nota, a atuação de propósito equivale ao chamado *dolo direto de primeiro grau* e a atuação com conhecimento a um dolo direto de segundo grau.

A *recklessness*, precisamente porque prescinde da discussão sobre qual foi a postura mental do réu acerca do resultado – indiferença ou injustificada autoconfiança de evitação – fixando--se apenas na ideia da irrazoabilidade do risco assumido, pode abrigar, com tranquilidade, tanto os casos que tradicionalmente qualificamos como *dolo eventual*, quanto aqueles que qualificamos como *culpa consciente*.

Note-se que as definições dadas ao instituto pelos autores anglo-saxões ajustam-se perfeitamente a esta ideia omnicompreensiva, eis que a *recklessness* é entendida como "decisão consciente de ignorar os riscos inerentes à realização do fato, os quais eram conhecidos do autor".[235] Ora, tanto no dolo eventual quanto na culpa consciente, tais elementos figuram igualmente.

Estou ciente de que Roxin[236] critica este ponto de vista por enxergar nele o ato de igualar situações potencialmente desiguais relativas a uma decisão contrária ao bem jurídico e a uma atitude meramente descuidada com relação a ele, além de dificultar a possibilidade de solução do problema, na medida da criação de uma nova dupla fronteira, agora entre o dolo e a *recklessness* e entre essa e a imprudência.

Acontece que, no caso, não se trata de introduzir uma categoria mais (*recklessness*), entre o dolo eventual e a culpa consciente, gerando novos problemas de definição das delimitações, mas sim de fazer que a *recklessness* compreenda,

abrigue sob sua égide, tanto a postura leviana quanto ao resultado (dolo eventual) quanto a postura de injustificável e excessiva confiança (culpa consciente). Assim, inexiste o mencionado problema de novas fronteiras.

De outro lado, o desprezo respeito da decisão tomada pelo sujeito não causa prejuízo algum à teoria do delito, porquanto, ao ser tal decisão completamente inacessível ao intérprete, eis que residente na mente do sujeito que atua, e sendo a externalização de sua conduta igual em ambos os casos (produção do resultado), aquilo que Roxin aponta como *problema* não passa de mera ilusão, caindo em um total vazio.

Já está mais do que na hora de que os defensores da dogmática se preocupem mais com o seu resultado prático do que com a sua beleza estrutural. A dogmática só tem utilidade na medida em que se ajusta ao mundo da vida, do contrário, não é apenas inútil: é nociva.

4.2 O modelo significativo e a separação entre dolo e imprudência

Segundo parece, a fronteira a separar o dolo da imprudência há de ser, sempre, a presença, no primeiro, do compromisso para com a realização do resultado desvalioso para o bem jurídico, que é característica do dolo. Dolo, enfim, há de traduzir-se em "um compromisso do autor com o *significado típico* de um modo tal que deve abarcar a lesão ou colocação em perigo do valor".[237]

Pode-se dizer, com Roxin,[238] que "quem produz um resultado típico conforme um plano, realiza um tipo de delito diferente de quem não incluiu em seus cálculos o resultado, e o produz por negligência ou leviandade".

Defende-se aqui que demarcação da fronteira entre o dolo e a imprudência reside em que, no primeiro, ao contrário da segunda, está presente o compromisso para com a produção do resultado.

Na fórmula geral da imprudência sempre estará presente "ou um absoluto desconhecimento da periculosidade da conduta em relação ao fato típico, ou [...] um erro vencível sobre algum elemento típico".[239] A demarcação das fronteiras entre o dolo e a imprudência se dá através da existência, no primeiro, de "um elemento

volitivo concretizado no compromisso do agente com a vulneração do bem jurídico".[240]

O certo é que nem sequer é necessário recorrer ao dolo eventual e à culpa consciente como categorias limítrofes para tal demarcação.

Portanto, de não caber distinção qualitativa mas tão somente quantitativa no campo interno das categorias dolo e imprudência, é possível deduzir, sem lugar a dúvidas, que a fronteira entre o dolo e a imprudência deve ser marcada já nos dois gêneros, sem necessidade ou utilidade de recorrer às espécies de dolo eventual e culpa consciente, cujo desenho histórico, porque pendente de uma impossível análise de consciência, nada se pode oferecer.

Cumpre, ainda, estabelecer a fronteira entre o dolo de colocação em perigo e a imprudência referida à lesão, cuja aproximação, segundo Martínez-Buján Pérez,[241] beira a equiparação.

O Prof. Martínez-Buján menciona tal aproximação especialmente a partir de casos de culpa *consciente* e afirma, com razão, que "partindo de uma orientação puramente *cognitiva* para determinar o conteúdo do dolo, a identificação dos referidos conceitos é uma consequência óbvia, dado que de modo geral dolo e imprudência consciente compartiriam a mesma base cognitiva".[242] Assim, propõe que a solução do conflito se estabeleça pela via do reconhecimento do componente volitivo no dolo,[243] isso sim, desde que admitido tal componente volitivo normativamente como "*compromisso* do autor com a vulneração do bem jurídico",[244] o que permite mais claramente separá-lo do simples fato cognitivo de que o autor *conhece uma técnica*, que não basta para afirmar o dolo ou a imprudência.

A tais corretos argumentos, seria possível acrescentar que a questão do perigo (seja abstrato ou concreto) e a lesão são formas de resultado jurídico do delito, que evidentemente não pertencem ao âmbito de discussão substantivo, ou seja, à afirmação da pretensão de ilicitude, mas sim ao aspecto conceitual da pretensão de relevância, e portanto, vêm demarcados antes como tipos de ação diferentes.

Ao combinar tal argumento com alguns aspectos específicos do delito imprudente, parece mais clara, ainda, a distinção.

É que a partir da limitação determinada pelo sistema de *numerus clausus* estabelecido nos modernos códigos penais, exigindo que o castigo pelo delito imprudente obedeça expressa previsão legal nesse sentido, de não existir tal previsão resultam já de entrada, conceitualmente delimitadas as possíveis realizações imprudentes. É importante afirmar que não se trata de distinguir o fato imprudente e o doloso já no campo do tipo, mas de simplesmente reconhecer que somente a determinados tipos de ação cabe responsabilidade penal sem estar presente o compromisso com a violação do bem jurídico.

Ademais, é necessário observar, como Orts Berenguer e González Cussac, que o castigo do ilícito imprudente só se produz a partir de que concorra um resultado.[245] Isso por ser um tipo incongruente por excesso objetivo. Porém, o resultado, como se sabe, não é um resultado naturalístico, mas jurídico.

O *resultado do* delito imprudente deve ser entendido certamente como *desvalor de resultado*, ou seja, como resultado jurídico, consistente na vulneração objetiva de um bem jurídico requerida pela consumação. Em outras palavras, o *resultado* no tipo imprudente deve ser a realização plena da parte objetiva de um tipo doloso previsto pelo ordenamento jurídico. Disso deriva que pode ser um resultado material de lesão, de perigo concreto ou ainda de perigo abstrato.

De todo modo, o resultado jurídico faz parte da descrição do tipo, pelo que, no âmbito conceitual do tipo de ação e da pretensão de ofensividade (antijuridicidade material), já se produz uma delimitação correspondente ao que é o resultado que se pretende castigar.

Daí se deduz que, se por um lado não cabe a distinção da imprudência em bases psicológicas relacionadas com a consciência, que nada pode oferecer qualitativamente a essa questão, por outro, a questão do resultado não pertence ao âmbito da pretensão de ilicitude, pelo que, não pode ser definido nesse campo. Em síntese, o resultado juridicamente desaprovado se analisa no campo da pretensão de relevância normativa, enquanto que a imprudência e o dolo como manifestações pessoais desvaloradas na pretensão de ilicitude.

Mas, resulta que pode ser que o mesmo fato concreto apresente as

características do delito de perigo (seja concreto ou abstrato) doloso e de delito de lesão imprudente, o que suporia, a princípio, dois diferentes tipos de ação. A consequência necessária é discutir se aí estaremos diante de um delito único de lesão imprudente ou de perigo doloso, caso em que se deve acudir aos critérios de distinção do conflito aparente de normas, como a consunção, a especialidade ou a alternatividade, ou se, pelo contrário, é possível sustentar o concurso de delitos.

O tema adquire mais relevância ainda se acudimos à realidade do moderno Direito penal, onde os bens jurídicos resultam ser coletivos e as vítimas difusas. Por exemplo: ninguém pode duvidar que quem conduz temerariamente um veículo sob efeitos de álcool expõe a perigo um número indeterminado de pessoas e pode fazê-lo dolosamente, mas, pode ser que, no caso concreto, além disso, atropela alguém produzindo lesões. O fato concreto de que as lesões tenham sido produzidas em uma pessoa nada diz sobre o perigo que a condução supôs a outras tantas pessoas.

Justamente por isso, o Código Penal Espanhol, no tema de tráfego, colocou expressa a regra geral de alternatividade a favor do delito que se castiga mais gravemente. Mas há outros casos em delitos de bens jurídicos coletivos onde pode ocorrer o mesmo.[246]

A posição mais correta, segundo parece, é que se limite a solução pela via do conflito aparente de normas tão somente onde tanto o perigo quanto a lesão tenham sido dirigidas a uma única vítima, o que, ao final, resulta congruente com o princípio de intervenção mínima e a ideia de ofensividade que se plasma na pretensão de relevância.

Por outro lado, nos casos onde a vitimização seja difusa, o resultado lesivo contra uma delas não pode suprimir o resultado gerado às demais, razão pela qual se deve assumir a possibilidade concreta do concurso de delitos. Claro está que é possível que haja um compromisso com a causação do perigo, ainda que não haja em relação ao resultado de lesão.

Com isso, o problema em questão, a similitude entre imprudência consciente de lesão e dolo de perigo, fica dividido em três partes. A questão do resultado, que no âmbito da pretensão de relevância pode afirmar mais de um tipo de ação e suas

correspondentes ofensividades, levando a discutir o concurso de delitos, o que remete, ao final, a solução à discussão da pretensão de ilicitude. A questão do dolo ou imprudência discutida com base no limite do compromisso de atuar no âmbito da pretensão de ilicitude. E em terceiro lugar, a exclusão, para a discussão da imprudência, de tudo o que refere à consciência, pois com base no que se passa na mente do autor não se pode afirmar conteúdos puníveis.

5 CRIMES PRETERDOLOSOS E CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO. A COMBINAÇÃO DOLO/IMPRUDÊNCIA

Há tipos penais em concreto cuja previsão legislativa prevê uma hipótese de dupla desvaloração, em face de aflição simultânea ou imediatamente sucessiva de dois bens jurídicos. A doutrina costuma denominar tais hipóteses de delitos *preterdolosos* ou *preterintencionais*. Um bom exemplo é a lesão corporal seguida de morte, prevista no art. 129, § 3º, do Código Penal.[247]

Nesses casos, o agente inicia uma conduta dolosa, pretendendo alcançar determinado bem jurídico, porém, o resultado produzido ultrapassa os limites que o autor pretendia, ficando fora da abrangência do dolo.

Cezar Bitencourt comenta que há um uso equivocado das expressões *crime preterdoloso* ou *preterintencional* como sinônimo de *crime qualificado pelo resultado*.[248] Baseando-se na doutrina italiana, sustenta haver uma diferença entre as duas fórmulas. O crime *preterdoloso* implicaria a violação de bens jurídicos sequencialmente necessários, como no caso da lesão corporal seguida de morte, enquanto que o crime qualificado pelo resultado seria relativo a bens jurídicos não sequencialmente necessários, como o aborto seguido de morte da gestante.

A ideia do que é sequencialmente necessário viria dada por um critério similar ao da consunção: para matar alguém, necessariamente se deve produzir-lhe lesões corporais. Ao contrário, para a morte, o aborto não seria forma precedente necessária.

A origem da figura do crime preterdoloso é cuidadosamente esmiuçada por Juarez Tavares.[249] O autor refere ser herança do direito romano o princípio de não

equiparação entre o dolo e a imprudência em face das práticas homicidas e que, no período medievo, a compatibilização do princípio romano com a ideia canônica do *versari in re illicita* exigiu que os resultados mais graves do que os pretendidos, provocados por condutas, em princípio, dolosas, tivessem tratamento diferenciado. Para atender a isso Carpzov teria desenvolvido um novo conceito de dolo, que incluía a ideia de que *na vontade da causa se situasse a vontade do efeito*. Desse modo, a realização de uma figura dolosa geraria responsabilidade dolosa para o seu autor, em função do resultado. Narra ainda Tavares que, como tentativa de oposição a essa postura, Feuerbach teria desenvolvido uma nova categoria da culpabilidade, situada entre o dolo e a culpa, que seria a *culpa dolo determinata* que, porém, não vingou, sendo que a doutrina em geral preferiu manter a incriminação pela combinação de dolo e imprudência.

Daí não ser estranho que Juarez Cirino dos Santos[250] formule veemente crítica ao que ele denomina crimes qualificados pelo resultado, por entender que eles representam, em alguma medida, reflexos do odioso princípio do direito canônico denominado *versari in re illicita*,[251] onde a responsabilidade por um resultado adviria não de uma conduta proibida em si, mas de ser essa decorrência de outra pretérita, sim, proibida.

Jescheck e Weigand[252] são dessa opinião e afirmam que essas fórmulas de incriminação têm “duvidosa compatibilidade” com o princípio de culpabilidade na medida em que a pena ultrapassa consideravelmente os patamares da responsabilidade por imprudência.

Juarez Tavares,[253] de modo lúcido e pertinente, reconhece que a relação fundamentalmente pretendida pela doutrina entre o ilícito precedente doloso e seu resultado imprudente poderia ser facilmente obtida pelo emprego das regras de concurso de crimes.

Propõe então[254] que essa seria a única solução capaz de harmonizar o conteúdo do injusto com postulados garantistas. Isso sempre e quando haja uma interpretação restritiva do tema, em obediência à conjugação entre os arts. 18, parágrafo único,[255] e 19[256] do Código Penal brasileiro, no sentido de que somente possa o autor responder

pelo resultado mais grave causado imprudentemente na medida em que haja previsão expressa da incriminação imprudente, de modo a permitir a aplicabilidade da regra de concurso formal de delitos.

---

1 A doutrina em geral apresenta a expressão *crime culposo* para definir os delitos realizados sem dolo. Entretanto, aqui se adota a expressão *crime imprudente*, em função da correta advertência de Juarez Cirino dos Santos sobre a inadequação do uso do termo *culpa*. Refere o autor: "o substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo* são inadequados por várias razões: primeiro confundem *culpa*, modalidade subjetiva do tipo, com *culpabilidade*, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo*, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual *crime culposo* parece mais grave que *crime doloso*, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo *imprudência* e o adjetivo *imprudente* exprimem a ideia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes *culpa* e *culposo*; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como *imprudência*". SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 169. Reconhecendo também que "o termo culpa é ambíguo": BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal. Parte Geral*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 196.

2 Nesse sentido: ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho penal. Parte General y Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 164-165.

3 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 205.

4 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 205.

5 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 205.

6 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 205.

7 Com a palavra *sentido*, ou *significado*, Vives pretende referir à teoria do signific como uso de expressões, que arranca do pensamento do primeiro Wittgenstein, do *Tractatus*, e se combina com a teoria dos jogos de linguagem, para cuja descrição mais detida remete a *Fundamentos*... cit., p. 208-211.

8 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 213.

9 Vives o explica com uma analogia com a linguagem altamente esclarecedora: "pa que haja linguagem é preciso que os sujeitos queiram dizer algo; mas, o significado do que dizem não depende do que queiram dizer com isso, mas do sentido que, de acordo com a 'gramática' da língua em que se expressem, caiba atribuir a suas intenções". VIVES ANTÓN, Tomás Salvador*Fundamentos*... cit., p. 214.

10 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 215.

11 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 216.

12 No dizer de Vives, "a intenção se acha referida a regras, técnicas e práticas, e pressupõe, por conseguinte, uma competência – 'quem deseja dizer algo tem também que ter aprendido a dominar uma linguagem' – só a partir dessa competência, e das regras cujo domínio comporta, é possível estabelecer uma relação derivada – indireta – entre fins e movimentos corporais". VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 218.

13 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 218.

14 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 218.

15 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 219.

16 Vives comenta, citando Fenichel: "[...] poderíamos estar de acordo que uma pess não pode prometer se não tem a intenção de prometer. [...] Mas quem queria manter que alguém não pode ofender sem propor-se a ofender? Que uma pessoa não pode decepcionar sem ter a intenção de decepcionar? É possível ter a intenção de mentir com o fim de mentir, mas não é necessário propor-se a enganar para enganar. Com as ações ocorre como com os crimes em nosso sistema legal: algumas são contingentes a respeito da intenção relevante, enquanto que outras dependem das consequências objetivas". VIVES ANTÓN Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 215-216.

17 “A determinação do sentido [...] não depende da intenção que pudesse ser atribuí ao sujeito pois o ‘ser-sobre-objetos’ de sua ação – sua *intencionalidade* – não se constitui subjetivamente, mas de modo objetivo, em virtude das convenções – costumes, hábitos ou normas – que a definem.” VIVES ANTÓN, Tomá Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 223. Sobre a crítica ao modelo welzeliano veja-se: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador*Fundamentos*... cit., p. 222, especialmente nota 54.

18 Até hoje é comum na doutrina a afirmação de que “sempre se sustentou o caráter eminentemente psicológico do dolo”. In: DONNA, Edgardo Alberto. El concept objetivado de dolo. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. Dr. Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2003. p. 672.

19 Até hoje há defensores dessa ideia, em uma busca de aproximação entre o Direito penal e as ciências da psiquê. Por exemplo: SANTOS, Juarez Cirino dos *Direito penal*... cit., p. 134-136.

20 LISZT, Franz von.*Tratado de Derecho Penal*. 4. ed. Trad. de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1999. t. II, p. 389. Entre os autores brasileiros, interessante citar uma passagem de Basileu Garcia, quem, apoiado nas lições de Carrara, afirma que o dolo pressupõe “no agente, condições psíquicas que lhe permitissem avaliar o ato a ser praticado. O dolo o faria passar, do estado geral de imputabilidade, nele produzido pela sua capacidade de entender e de querer, a um estado especial de imputabilidade, referente a determinado fato”. GARCIA Basileu. *Instituições de Direito penal*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. I, t. I, p. 249.

21 WELZEL, Hans.*Derecho penal alemán*. 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 40 e p. 72-73.

22 Nesse sentido, por exemplo: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 160.

23 “Para o problema aqui discutido deve-se eliminar toda a classe de valorações, pe única razão de que a questão está proposta ontologicamente. Mas tampouco dogmaticamente faz prosperar a questão o recurso a uma valoração como elemento de diferenciação: esse recurso contém em si mesmo um problema: o saber quando deve ser valorado algo ‘como dolo’. Mas acontece que, dogmaticamente, do que se trata é da determinação do que é dolo, e porque o

dolo está sujeito a um juízo de valor." KAUFMANN, Armin. El dolo eventual e la estructura del delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Trad. R. F. Suárez Montes. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1969. p 188.

24 HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. Trad. de María del Mar Díaz Pita. Madrid Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990. p. 910.

25 Veja-se, a respeito disso: MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verda en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

26 Por exemplo: SCHEWE, Günter. "Subjektiver Tatbestand" un Beurteilung de Zurechnungsfähigkeit. In: WARDA, Günter et al. (Ed.) *Festschrift für Richard Lange zum 70*. Berlin-New York, 1976. p. 695; ou FREUND, Georg. *Normative Probleme der Tatsachenfeststelung*. Heidelberg, 1987. p. 35.

27 Assim: AMBROSIUS, Jürgen. *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*. Berlin: Neuwied, 1966. p. 65.

28 Como afirma Ragués, "seria um contrasenso solicitar a um perito que verificasse concorrência de uns fenômenos psíquicos cuja existência se tem por impossível desde a ótica de sua disciplina científica". RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch editor, 1999. p. 218.

29 Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 258; e também: RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo*... cit., p. 221.

30 Para ficar tão somente com dois exemplos, veja-se: HASSEMER, Winfried *Introdução aos fundamentos do Direito penal*. Trad. de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 298; e FLETCHER George. *Basics Concepts of Criminal Law*. New York – Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 82-85.

31 Trata-se da segunda mudança, que aparece concomitantemente com a perspectiva rejeição do elemento volitivo, no Direito penal moderno, consoante alude Edgardo Alberto Donna em El concepto objetivado de dolo... cit., p. 672.

32 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 227.

33 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos*... cit., p. 73-74.

34 Nesse sentido, por exemplo, Detlef Krauß (KRAUß, Detlef. Der psycologisch Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht. In: FRISCH, Wolfgang; SCHMII Werner (Ed.). *Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70.* Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1978. p. 26-27) defende que é a valoração social de uma expressão objetiva da ação que delimita o dolo e a imprudência. Também Hruschka (HRUSCHKA, Joachim. Über Scwierigkeiten mit dem Beweis de Vorsatzes. In: GÖSSEL, Karl Heinz; KAUFMANN, Hans (Ed.). *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht.* München: C. H. Beck 1985. p. 200-201) afirma que quando dizemos que alguém atua dolosamente, o que fazemos é emitir um juízo que não é passível de descrição, mas de adscrição. Uma construção bastante debatida no Brasil, especialmente em face da tradução de um livro sobre a matéria, é a de Puppe (PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa.* Trad. de Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004) para quem a questão sobre o dolo resulta ser completamente normativa, devendo ser completamente recusada a ideia de dolo psicológico. "Essa compreensão afinal de contas psicológica do dolo deve ser rechaçada, hoje com ainda maior razão do que no início do século XX. Pois, nesse meio tempo, consolidou-se c conceito normativo de culpabilidade, e o dolo sequer é compreendido como momento da culpabilidade, e sim como aspecto subjetivo do injusto" (p. 67).

35 FLETCHER, George. *Basics Concepts*... cit., p. 82-83.

36 Veja-se, a respeito PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, *passim*.

37 MUÑOZ CONDE, Francisco. Prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elemen subjetivos*... cit., p. 13.

38 Nesse sentido: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo*... cit., p. 302 ss.

39 É de todo conveniente notar a oportunidade e a atualidade da proposta de Hassen na medida em que cada vez mais se aprimoram os estudos relacionando a aproximação das disciplinas do Direito penal e do Processo Penal, antes estudadas de modo demasiado compartimentalizado.

40 HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo... cit., p. 914.

41 DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. 190. Além desse trabalho, na doutrina espanhola há várias contribuições

importantes sobre o dolo, nos trabalhos de Feijóo Sánchez, Laurenzo Copello e Ragués I Vallès, por exemplo.

42 HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo... cit., p. 914.

43 HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo... cit., p. 925.

44 HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo... cit., p. 927.

45 HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo... cit., p. 929.

46 Tanto é assim que existem autores, como Muñoz Conde, que sustentam que o elemento subjetivo do tipo depende sempre de uma dedução, já que não é simplesmente observável. MUNÕZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁ Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 6. ed. 2004. p. 267.

47 HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo... cit., p. 931.

48 HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo... cit., p. 931.

49 Para detalhes sobre o dolo a partir de uma concepção significativa, veja-se nosso BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJ PÉREZ, Carlos.*Modernas tendências sobre o dolo em Direito penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Especialmente p. 93 ss.

50 "O legislador está sempre sujeito a determinados limites imanentes ao direito positivo. A primeira limitação se encontra nas estruturas lógico-objetivas que atravessam integralmente a matéria jurídica [...]" WELZEL, Hans.*Más Allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Trad. de Ernesto Garzón Valdéz. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1962. p. 35.

51 ROXIN, Claus. *Derecho penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de l teoría del delito.* 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997 t. I, p. 427.

52 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 426.

53 JAKOBS, Günther.*Derecho Penal. Parte general. Fundamentos e teoría de la imputación.* 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 309.

54 Nesse sentido o comentário que aparece em Edgardo Alberto Donna. El concepto objetivado de dolo... cit., p. 677, quem critica também a Herzberg, Bottke e Puppe, em face do que ele qualifica de uma objetivização do conceito de dolo.

55 Nesse sentido o comentário de Maria Fernanda Palma: “Por que é que uma realidade psicológica análoga à dolo é decisiva para a atribuição de um mais grave merecimento da conduta em termos de culpa? [...] A resposta a essa questão orienta-nos para uma abordagem do pensamento filosófico sobre o comportamento intencional a que se tem dedicado a chamada filosofia da acção, em articulação com a filosofia da linguagem. Essa abordagem é decisivamente elucidativa em alguns aspectos essenciais: o aspecto da desarticulação entre a intencionalidade e uma vivência explicitamente consciente e causal de um estado mental anterior à acção, a referenciação do comportamento intencional a uma racionalidade implícita no agir constatável exteriormente e a essencial coincidência entre o reconhecimento da linguagem de um comportamento e a sua identificação social.” PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa en Direito penal. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002. p. 49-50.

56 Veja-se um resumo sobre a distribuição das categorias do delito segundo as propostas de Vives Antón em Carlos Martínez Buján-Pérez. La “concepción significativa de la acción” de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord.: Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001. Há edição brasileira: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “concepção significativa da ação” de T. S. Vives e suas correspondências sistemáticas com as concepções teleológico-funcionais do delito. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

57 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 484.

58 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 484.

59 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 485.

60 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 485.

61 Com idêntica opinião: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001. v. I, p. 885.

62 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 24.

63 Para detalhes, ver Paulo César Busato.*Direito penal & ação significativa.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

64 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit*.,* p. 233.

65 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit*.,* p. 234.

66 CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. Sobre tipicidad e imputación: reflexion básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia. *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 150.

67 Modernamente, fala-se em grupos de teorias, as chamadas teorias cognitivas, que têm em comum o fato de fundamentarem o dolo sobre algum dado cognitivo, e as teorias volitivas, que exigem a inclusão de um elemento volitivo na composição do dolo. Para um amplo panorama a respeito de tais grupos de teorias veja-se: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón*El dolo*... cit., especialmente p. 275 ss. No Brasil, também é amplamente recomendável a tradução de Luís Greco da obra de Ingeborg Puppe. *A distinção entre Dolo e Culpa*... cit.

68 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit*.,* p. 237.

69 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit*.,* p. 237.

70 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit*.,* p. 237.

71 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Sobre tipicidad e imputación... cit., p. 151.

72 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal. Parte Geral.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 270.

73 A fórmula foi idealizada por Mezger e aparece em Edmund Mezger. *Tratado de Derecho penal*. t. II. 3. ed. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. p. 145-151, especialmente p. 148 Na doutrina moderna vide: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁ Mercedes. *Derecho penal. Parte general.* 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 268-269; MIR PUIG, Santiago*Derecho Penal. Parte General.* 5. ed. Reppertor S. L.: Barcelona, 1998. p. 242-243; JESCHECK, Hans Heinric WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General.* 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 316; e MAURACI Reinhart; ZIPF, Heinz.*Derecho Penal: Parte General, Teoría General De Derecho Penal Y Estructura Del Hecho Punible* 7. ed. Trad. de Jorge Bonfill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p

394-395.

74 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 135.

75 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general.* ... cit., 5. ed. p. 268; BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado*... cit., p. 269.

76 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 79-80.

77 Muñoz Conde exemplifica tais motivações dizendo que o assaltante não deseja m o caixa do banco para subtrair o dinheiro, inclusive, preferiria não fazê-lo, porém, quer produzir a morte se esse for o caminho único para o acesso ao dinheiro. Esse assalto pode até ter cunho de protesto político ou vingança, e nem por isso resta excluído o dolo da conduta. Essas motivações especiais, eventualmente podem figurar como outros elementos subjetivos do tipo, mas certamente não fazem parte do dolo. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍ ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*... cit., 5. ed., p. 269.

78 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 270.

79 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 135.

80 Os exemplos são de Muñoz Conde em Francisco Muñoz Conde e Mercedes Garcí Arán. *Derecho penal. Parte general*... cit., 5. ed., p. 269.

81 Esse seria o caso de dolo alternativo, conforme refere Juarez Tavares. Espécies d dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista de Direito penal*, v. 6, São Paulo: [n.d.], 1972, p. 109.

82 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 270.

83 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*... cit., 5. ed., p. 269.

84 CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. Sobre tipicidad e imputación... cit., p. 151

85 PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa... cit., p. 57.

86 A nota a respeito de interpessoalidade da concepção de dolo aparece também, en certa medida, na opinião de Köhler. Vide, a respeito: KÖHLER, Michael. L imputación subjetiva: Estado de la cuestión. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra)*. Trad. de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2000, p. 86.

87 Nesse sentido: PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa... cit., p. 49.

88 HABERMAS, Jürgen. Ciências sociais reconstrutivas *versus* ciências sociais compreensivas. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 40.

89 HABERMAS, Jürgen. Ciências sociais reconstrutivas... cit., p. 40-41.

90 HABERMAS, Jürgen. Ciências sociais reconstrutivas... cit., p. 41.

91 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 195.

92 PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa... cit., p. 57.

93 "Dentro dos aspectos sobre os quais existe unanimidade doutrinária se encontra a relação das diferentes classes de dolo possíveis. Estas como se sabe, são: Dolo direto de primeiro grau – requer que o autor persiga a realização do resultado, assim, nesta classe de dolo predomina o elemento volitivo. O sujeito quer o resultado produzido ou que tentou realizar. Dolo direto de segundo grau – exige que o autor represente o resultado como consequência necessária ou inevitável de sua atividade. Nesta classe de dolo, pois, não se exige a vontade dirigida ao resultado e, porém, ninguém discute o caráter doloso dos fatos cometidos. Dolo eventual – como terceira classe do dolo não se discute, mas as divergências surgem ao determinar seu conceito [...] ou seja, em que elementos terão que concorrer necessariamente para poder qualificar fatos como dolosos". CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. El límite entre dolo e imprudencia. *Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992. p. 48-49. Ciente ou não da análise tripartida, a doutrina brasileira em geral acomodou-se à denominação legal em que incorreu o Código (art. 18, inciso I – art. 15 do CP de 1940). Assim, os autores vêm repetindo uma ideia de que o Código assumiu uma concepção bipartida do (direto e eventual) associada respectivamente com a teoria da vontade e a teoria do consentimento cujas subdivisões e variantes sequer são mencionadas. Há, no entanto, exceções, como: SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba – Rio de Janeiro: ICPC – Lumen Juris, 2005, p. 64 ss, e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 270, que não só apresentam algumas das teorias sobre o dolo, como também a concepção tripartida.

94 Por exemplo, nos casos de atentados terroristas em que, além do destinatário do atentado, morrem outras pessoas, que se encontravam perto, como a morte do motorista do chefe de Estado contra cujo automóvel se dirige o ataque.

95 Vives comenta: “não se vê bem que elemento ou estado psicológico pode ser com a quem mata seu inimigo porque *deseja* sua morte (*dolo direto de primeiro grau*), a quem, com absoluta indiferença à vida de seu motorista, coloca una bomba no carro de um Chefe de Estado, com a *segurança* de que também morrerá aquele (*dolo direto de segundo grau*) e a quem, por satisfazer um afã de risco, joga roleta russa com os amigos a que mais aprecia e que, por conseguinte, menos deseja que morram (*dolo eventual*)”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador *Fundamentos*... cit., p. 234.

96 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 234.

97 Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal*... cit., p. 135, inclusive criticando a pretensão do legislador em lançar definições que pertencem ao âmbito de debate científico.

98 Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

99 Admitindo-o Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal*... cit., p. 137.

100 Cf. GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa” de Ingeborg Puppe. *Dolo e Culpa*. (Ingeborg Puppe). Trad. de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. XVI ss. Em sentido também crítico veja-se TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 286-287.

101 Desde Mezger em Edmund Mezger. *Tratado de Derecho Penal*... cit., p. 163-183 Interessante observação faz Luís Greco a propósito de que, embora o tema seja antigo na doutrina europeia, no Brasil, até hoje não é incomum bipartir-se o dolo apenas nas categorias de dolo eventual e dolo direto. Cf. GRECO, Luís. Algumas observações ... cit., p. XII.

102 Nesse sentido, por exemplo, Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal*... cit., p. 137-138, alertando, porém, para alguma divergência terminológica entre os autores. Afirma que a “intenção designa o que o autor pretende realizar; o propósito direto abrange consequências típicas previstas como certas ou necessárias; o propósito condicionado – ou dolo eventual – indica aceitação ou conformação com consequências típicas previstas como possíveis”. Juarez ainda adverte a que a doutrina usa variada terminologia para definir os elementos de tais conteúdos.

103 A identificação dos elementos cognitivo e volitivo do dolo no modelo significativo

é assim explicada por Vives: "Para determinar se houve um compromisso (uma intenção) concreta *v. g*., de matar a outrem, teremos que examinar as *regras* de índole (sociais e jurídicas) que definem sua ação como una ação de matar e colocá-las em relação com as competências do autor – com as técnicas que domina. Desse modo [...] poderemos determinar o que o autor *sabia*. [...] o que o autor *sabe*, assim determinado, se une ao *querer* que também se expressa em uma ação. [...] Nela se expressa um *compromisso* de atuar – uma intenção. Entendendo o 'elemento volitivo' do dolo [...] *normativamente*, como un *compromisso de atuar*, se esclarece seu conceito [...]. Assim, a 'decisão contrária ao bem jurídico' não é senão aquela que materializa esse *compromisso com a lesão* que não se dá na culpa e que nos permite afirmar que quem atua com dolo eventual actua intencionalmente ou, o que dá no mesmo, que o *dolo eventual é dolo*." VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 237-238.

104 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa Parte General*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 385-373.

105 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 79-80; também ROXIN, Claus *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 418.

106 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*... cit., p. 164-167; também ROXI Claus. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 423.

107 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 320.

108 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 141; também Juarez Tavares Espécies de dolo... cit., p. 112. O caso inclusive gerou a publicação de um interessante livro sobre as descobertas de Robert Pinkerton, da agência de detetives contratada para o caso, sobre a vida pregressa de Keith, sob o título *Dynamite Fiend*: The Chilling Tale of a Confederate Spy, Con Artist, and Mass Murderer, escrito por Ann Larabee e Palgrave McMillan.

109 Art. 18. Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser puni por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

110 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 165.

111 Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância

tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.§ 1º [...]§ 2º [...]§ 3º Se o crime é culposo: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

112 O próprio Welzel já afirmava que o delito culposo ocupou sempre um papel secundário na teoria do delito, vindo à lume somente a partir do avanço tecnológico da sociedade. Inclusive, no direito natural, "só o delito doloso era um *verum crimen*, o delito culposo só *quasi delictum*, ao qual se assinalava uma *poena extraordinária*". WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 153.

113 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 169.

114 TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 3.

115 TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*... cit., p. 3.

116 A informação consta em Cláudio Brandão. *Curso*... cit., p. 165.

117 Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 165.

118 Engisch, em 1930, referiu que entre produção causal do resultado e a culpabilida faltava a indicação de um terceiro momento, "muito especial": a falta de cuidado externo. Assim em Karl Engisch. *Untersuchungen* über *Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlim: Otto Liebmann, 1930. p. 277 ss, a doutrina passou a adotar esse critério de referência.

119 Por exemplo, para Von Liszt, a imprudência era "uma segunda forma de culpabilidade" para cuja configuração se exigia "a produção de um resultado contrário ao direito e a previsibilidade desse efeito da conducta do agente". LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*... cit., p. 429-430. Para Belin haveria imprudência na conduta do agente quando, a partir do complexo de representações que ele teve, teria podido e devido afastar sua ação". BELING Ernst. *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo.* Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: De Palma, 1914. p. 125.

120 Refiro-me a Reinhard Frank. Über den Aufbau des Schouldbegriffs. *Festschrift d Juristischen Fakultät der Universität Giessen zur Dritten Jahrhundertfeier de Alma Mater Ludiviciana*, Giesen, 1907.

121 FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.* Trad. de Gustavo Eduardo Aboso e Thea Löw. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2004. p

39.

122 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho penal.* 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 344.

123 KAUFMANN, Arthur. Die ontologische Struktur der Handlung. *Schuld und Strafe.* 2. ed. Köln: Carl Heynemanns, 1983. p. 11 ss. e p. 26.

124 Reconhecendo as dificuldades do finalismo em face do tipo imprudente: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 284.

125 Nesse sentido comenta Feijóo que "o delito imprudente e o delito de omissão, por seu caráter normativo, sempre supuseram corpos estranhos que não se adequaram de uma forma satisfatória aos princípios básicos da 'doutrina final da ação'." FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia.* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001. p. 69.

126 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 280.

127 "Pois da mesma maneira que não se pode colocar sob um conceito superior posição e negação, a e não-a, tampouco é lícito forçar sob um conceito a ação e a omissão, chame-se ação em sentido amplo, conduta humana ou como se queira". RADBRUCH, Gustav. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Darmstadt: Wissenchftliche Buchgeselschaft, 1904, reimp. de 1967. p. 140-141. Mais tarde, sobre o mesmo tema: RADBRUCH, Gustav. Zur Systematik der Verbrechenslehre. *Festgabe für Reinhard von Frank.* Tubingen: J. C. B. Mohr, 1930. Reimp. de 1969, t. I, p. 154 ss.

128 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito penal*. 3. ed. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Ed. Vega, 1998. p. 108.

129 GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual.* Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959. p. 16.

130 Schünemann sublinha que "o conceito de ação do finalismo, referido ao modelo ideal de conduta humana, não pode, em absoluto, ser acolhido como conceito fundamental do sistema de direito penal", e justifica tal crítica acrescentando que "também as 'formas problemáticas' da ação humana poderiam, segundo circunstâncias, ser relevantes para o direito penal". Por isso, propõe que "a ação, *como movimento corporal susceptível de ser dominado pelo autor individual,* representa um conceito totalmente desnormativizado e subordinado ao injusto", deslocando a ação para uma posição de segundo nível na teoria do

delito. SCHÜNEMANN, Bernd. Introdução ao raciocínio sistemático em direit penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Dir.). *Sistema moderno del Derecho penal*: Cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1984. p. 59.

131 Propõe Bustos que ao ser o bem jurídico a fonte de referência para o Direito pena é também esse conceito o ponto de referência para determinar o conceito de ação típica. Ele começa por afirmar que "é o bem jurídico o fundamento desde o qual é possível determinar que ações podem ser atribuídas a um tipo legal determinado e quais ficam fora de consideração para o Direito penal, em outras palavras, a ação, por si, não diz absolutamente nada ao Direito penal, é o bem jurídico que permite que uma determinada ação apareça como relevante para o Direito penal". A partir dessa consideração, onde evidencia uma preocupação com o que efetivamente é a busca do Direito penal, inclina-se por uma opção mais segura, de cunho normativo afirmando que o "comportamento" só interessa ao Direito penal na medida em que, em relação ao bem jurídico, possa ser conectado a um determinado tipo penal. E daí conclui que o tipo é que constitui o "conceito fundamental e vinculante" para o Direito penal. Para Bustos, "c primeiro elemento do injusto não é a ação, mas a tipicidade, conceito que engloba uma determinada ação". BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho penal español. Parte general*. Barcelona: Ariel, 1984. p. 175.

132 Figueiredo Dias rechaça o valor prioritário do conceito de ação tal como foi por algum tempo situado no sistema e entende que os conceitos de ação apresentados até hoje "não são suficientes para compreender todas as formas de aparição do fato penal (doloso e imprudente, ativo ou omissivo)". Ademais, sustenta que não é possível "conservar o conceito de ação como pré-existente e com natureza própria e independente do tipo, sem posteriormente predeterminar as categorias do sistema". Para o professor português, "é imprescindível proporcionar ao conceito geral de ação um papel de segundo nível no sistema: exclusivamente a função negativa (ou uma 'função delimitadora', para falar como JAKOBS) que exclua da construção do sistema as formas de conduta que *ab-initio* são penalmente irrelevantes". DIAS, Jorge de Figueiredo. Resultados y problemas en la construcción de un sistema de Derecho penal funcional y "racionalmente" final. *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*. Coord. J. M. Silva Sánchez, B. Schünemann e J. de Figueiredo Dias. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995. p. 450.

133 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho penal*... cit., p. 34

134 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputacció del resultado*. Barcelona: PPU, 1989. p. 60-61. Reconhecendo também que a normativização gerou um volume inabarcável de posições doutrinárias: HIRSCH, Hans Joachim. Sobre el injusto del delito imprudente*Revista de Derecho Penal y Criminología de a UNED,* nº 16, Madrid: UNED, p. 209.

135 Veja-se: ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema de Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: 2000. p. 71, cujo original *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, é de 13 de maio de 1970, uma conferência na Academia de Ciências de Berlim.

136 "A redução tradicional do tipo a uma causalidade entendida no sentido da teoria (equivalência criou – desde o princípio – uma ampla margem de responsabilidade, que tampouco pode ser reduzida em uma medida compatível com o Estado de direito pelas características da previsibilidade e da evitabilidade. Abstratamente previsível e evitável o é, com efeito, quase tudo." ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema de Derecho penal*... cit., p. 71.

137 ROXIN, Claus. Sobre la culpa en Derecho penal*Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal.* Trad. de Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992. p. 92.

138 ROXIN, Claus. Sobre la culpa en Derecho penal... cit., p. 93.

139 ROXIN, Claus. Sobre la culpa en Derecho penal... cit., p. 93. No mesmo sentido em Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 999.

140 Por exemplo, vê-se pelo título do item 9 do seu Tratado: "Particularidades da realização do tipo mediante ação, 3ª parte: o tipo subjetivo como imprudência e como combinação dolo-imprudência." JAKOBS, Günther.*Derecho penal*... cit., p. 378.

141 Para Jakobs, "uma ação imprudente não constitui injusto porque seja cognoscível realização do tipo (o conhecimento só transforma a imprudência em dolo), mas porque uma realização do tipo cognoscível é evitável". JAKOBS, Günther *Derecho penal*... cit., p. 381. Roxin não está de acordo com tal solução, qualificando-a de "extremamente duvidosa", já que a regra geral dos delitos de omissão é que "só é possível imputar uma omissão se a realização da ação requerida tivesse impedido o resultado com uma probabilidade próxima de segurança". ROXIN, Claus. Infracción del deber y resultado en los delitos

imprudentes. *Problemas Básicos do direito penal*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976. p. 151.

142 Veja-se: KAUFMANN, Arthur. Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70 Geburtstag*. Gottingen: Vandenhoeck, 1961. p. 213.

143 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 382.

144 Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p. 384.

145 Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p. 339.

146 Veja-se: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 222.

147 Cf. ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio*... cit., p. 168.

148 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p. 341.

149 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 222, nota 54.

150 Veja-se, mais detidamente sobre concepções do dolo: BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María do Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Modernas tendências sobre o dolo em Direito penal*... cit. Expressando a ideia de uma simetria entre dolo e imprudência no modelo significativo, veja-se: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La concepción significativa de la acción de T. S. Vives... cit., p. 1166, e o próprio Vives em Tomás Salvador Vives Antón. *Fundamentos*... cit., p. 244.

151 Nesse sentido, comenta Martínez-Buján Pérez que "a imprudência não pode ser reconduzida (como tampouco pode ser feito no dolo) à ideia de se houve ou não uma representação na mente do autor (algo que jamais poderemos saber), mas ao dado da gravidade da infração do dever de cuidado cometida pelo autor". MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y da empresa*... cit., p. 384.

152 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 203.

153 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 157; ZAFFARONI, Eugenio Ra PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro. Parte*

Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 438.

154 Juarez Tavares defende a necessidade urgente do estabelecimento de regras legislativas que definam melhor a necessidade de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico e, com isso, impeçam a violação do princípio de legalidade nessas hipóteses. TAVARES, Juarez. *Direito penal da Negligência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 266. No sentido de que não há violação do princípio de legalidade, porque há correspondência ao tipo de injusto objetivo doloso correspondente associado a regras profissionais e dados de experiência, no Brasil: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 171.

155 TAVARES, Juarez. *Direito penal da Negligência*... cit., p. 267.

156 Discordando, entendendo que a estrutura dos tipos imprudentes é fechada e que a valoração realizada a respeito dos delitos imprudentes não tem reflexo na ilicitude: D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 113.

157 Cf. TAVARES, Juarez. *Direito penal da Negligência*... cit., p. 266-267.

158 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 607.

159 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 1029.

160 Art. 18. Diz-se o crime: I – [...]; II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

161 Há também quem, mantendo o mesmo raciocínio de agregação, conclua pela possibilidade de adoção uniforme do conceito *negligência*. Por exemplo: NORONHA, Edgar Magalhães. *Do crime culposo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 91; GARCIA, Basileu. *Instituições*... cit., p. 259. Mais modernamente, também: D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo*... cit., p. 81; e TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*... cit., p. 3, nota 1.

162 Por muito que pretendam o contrário os finalistas, como Hirsch (HIRSCH, Hans Joachim. Sobre el injusto del delito imprudente... cit., p. 224). E isso se deve não somente ao fato de que o direito é essencialmente uma gramática de atribuição de responsabilidade a *posteriori*, mas pela razão elementar de que ao intérprete a quem incumbe a atribuição resulta completamente obscuro o conhecimento seguro sobre o que é o que pensou aquele que cometeu o delito.

163 Em defesa desse critério: WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 162, e

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*... cit., p. 606. No Brasil, Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado*... cit., p. 281, para quem "a indagação sobre se o agente tinha as condições, isto é, se podia, no caso concreto, ter adotado as cautelas devidas, somente deverá ser analisada no plano da culpabilidade".

164 Defendendo esse ponto de vista: STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible.* Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thompson-Civitas, 2005. p. 421; JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 385 ss. No Brasil: D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo*... cit., p. 95.

165 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 1015-1017.

166 Os exemplos são de Claus Roxin. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 1017.

167 Veja-se, por ex.: HIRSCH, Hans Joachim. Sobre el injusto del delito imprudente... cit., p. 211 ss.

168 ROXIN, Claus. Sobre la culpa en Derecho penal... cit., p. 93. No mesmo sentido em Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 999.

169 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 1013-1014.

170 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 1014-1015.

171 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 1015.

172 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 1015.

173 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 244.

174 ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho penal*... cit., p. 168.

175 Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p. 271 ss.

176 Segundo Martínez-Buján Pérez, nessa segunda etapa verifica-se "qual é o dever subjetivo exigível a um indivíduo determinado ante umas circunstâncias concretas, a cujo efeito será preciso confrontar seus conhecimentos, capacidades e demais circunstâncias pessoais com o caso concreto, para determinar se o resultado de sua conduta era previsível". MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p.384. No mesmo sentido: ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio*

de Derecho penal... cit., p. 169; e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 238.

177 Nesse sentido o comentário de Orts e González Cussac: "o realmente decisivo é a análise do dever subjetivo exigível a um indivíduo determinado ante umas circunstâncias concretas. Portanto, o determinante para decidir se alguém infringiu o dever de cuidado é confrontar seus conhecimentos, capacidades e demais circunstâncias pessoais no caso examinado. Assim, pois, trata-se de um conceito". ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho penal*... cit., p. 169.

178 É de destacar que aqui se ultrapassa a discussão que costuma existir sobre se a previsibilidade individual se discute no âmbito do tipo ou da culpabilidade com uma terceira via situando o tema na pretensão de ilicitude que corresponderia – se cabe a comparação – à antijuridicidade das construções tradicionais, como segunda etapa de análise das pretensões normativas.

179 ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho penal*... cit., p. 169. Disso deriva a consequente separação da tratativa do erro. Ou seja, o erro *objetivamente invencível*, ou seja, o erro que, por muito que todo o conhecimento disponível se fizesse presente, não resultaria possível superar, conduz à exclusão do tipo de ação, que sobrevive se o erro for *objetivamente vencível.* Em seguida, o erro *subjetivamente invencível* pode afastar o sentido de uma intenção revelado no compromisso de vulneração do bem jurídico, o qual, *se vencível*, poderá gerar responsabilidade por imprudência. Com isso, resulta clara a adoção da teoria da culpabilidade na tratativa do erro.

180 Precisamente, o princípio de culpabilidade em sentido estrito, ou seja, de responsabilidade penal subjetiva, especialmente diante de sua anunciada crise. Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Crisis del lado subjetivo do hecho? *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Coord.: José Miguel Zugaldía Espinar, Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2004, v. 1, p. 57 ss, especialmente p. 69.

181 A oposição costuma partir dos finalistas que chegam, em certos casos, a relacionar a teoria da imputação objetiva com o *versari in re illicita*. Veja-se, por todos: MARINUCCI, Giorgio. No hay dolo sin culpa. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 46, Madrid: Edersa, 1992, p. 117-149.

182 No Código Penal espanhol, a opção foi pela distinção entre imprudência grave e imprudência leve, que nada têm que ver com a imprudência consciente ou inconsciente. Assim, "o que leva os Tribunais a decidir se uma conduta imprudente – que pode ser consciente ou inconsciente – é grave ou leve, depende exclusivamente da entidade que teve a violação da norma de cuidado e a potencialidade de dano que implicou a ação realizada". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho penal*... cit., p. 351.

183 "Em resumo, a velha classificação entre culpa consciente e inconsciente perdeu hoje o caráter de questão fundamental, sem prejuízo de sua importância para a modulação da pena, como critério possível, ainda que não único, pois às vezes a inconsciência tornará o fato mais grave e outras vezes sucederá o contrário." QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho penal*... cit., p. 353.

184 Nesse sentido: TAVARES, Juarez. *Direito penal da Negligência*... cit., p. 418. Também Enrique Bacigalupo. *Derecho penal. Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 501; e BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 114.

185 Veja-se, a respeito das principais discussões sobre o tema: DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*... cit.; e RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo*... cit.

186 Nesse sentido: TAVARES, Juarez. Espécies de dolo... cit., p. 114, citando opinião similar de Roxin.

187 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*... cit., p. 272.

188 Na defesa desse ponto de vista, entre outros: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1984. p. 342 ss.

189 MAYER, Helmuth. *Strafrecht. Studienbuch*. Berlin-Stuttgart-Köln-Mainz: Kohlhammer, 1967. p. 121.

190 Nesse sentido: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto*... cit., p. 273.

191 Assim comenta Juarez Tavares. *Teoria do injusto*... cit., p. 274.

192 JOERDEN, Jan C. *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*: Relatio nen und ihre Verkettungen. Berlin: Duncker & Humblot, 1980. p. 151.

193 PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *Zeitschrift fur die gesamte strafrechtswissenschaft* nº 103, Berlin: Walter de Gruyter, 1991. p. 1

ss.

194 SCHUMANN, Heribert. Zur Wiederbelebung des “voluntativen” Vorsatzelement durch den BGH. *Juristenzeitung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1989. p. 433.

195 PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt... cit., p. 41.

196 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 436.

197 PRITTWITZ, Cornelius*Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft.* Frankfurt-am-Main: Vittorio Klostermann, 1993. p. 347.

198 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto*... cit., p. 275.

199 FRISCH, Wolfgang.*Vorsatz und Risiko.* Koln-Berlin-Bonn-München: Carl Heynemann, 1983. p. 97 ss.

200 Aliás, esse é o mesmo fundamento sobre o qual Frisch concebe sua teoria da imputação objetiva, afastando a ideia de resultado e concentrando-se na conduta como único objeto passível de aferição concreta para a determinação da responsabilidade pelo modo de agir de cada um.

201 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto*... cit., p. 276-277.

202 De modo parecido a crítica de Muñoz Conde em: MUÑOZ CONDE, Francisco GARCÍA ARÁN, Mercedes*Derecho penal. Parte General.* 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 272.

203 Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 441.

204 HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz und benwusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbesnstandes. *Juristische Schulung*. München: C. H. Beck, 1986. p. 249.

205 HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz... cit., p. 262.

206 HERZBERG, Rolf Dietrich. Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußten fahrlässigen Verhalten. *Juristenzeitung 43. Jahrg*, nº 12, Tübingen: Mohr Siebeck GmbH, 1988, p. 639.

207 HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz... cit., p. 251 ss.

208 HERZBERG, Rolf Dietrich. Das Wollen beim Vorsatzdelikt... cit., p. 642.

209 HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz... cit., p. 249 ss.

210 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 444-445.

211 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*... cit., p. 80.

212 Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 444.

213 Em sentido semelhante: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto*... cit., p. 278.

214 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*... cit., p. 173-183.

215 Nesse sentido: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto*... cit., p. 279.

216 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 324.

217 Nesse sentido: TAVARES, Juarez. Espécies de dolo... cit., p. 114.

218 Desenvolvida por Engisch em Karl Engisch. *Untersuchungen* über *Vorsatz*... cit., p. 186 ss.

219 Veja-se: ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 432. No Brasil: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 147.

220 Armin Kaufmann trabalha o tema em Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs und der Schuldlehere auf die Vorsatzgrenze. *Zeitschrift fur die gesamte strafrechtswissenschaft*. Walter de Gruyter, 1958. p. 64.

221 "A vontade de realização tem, pois, seu limite *em si mesma*. Não é preciso nenhu critério valorativo proveniente de fora para delimitá-la, e com isso delimitar o nexo final; tampouco é necessário um recurso ao sentimento, que só pode ser entendido como atitude jurídica ou antijurídica ante o fato. Se contemplarmos a vontade de realização em seu âmbito *total*, então resulta claro que a mesma pode dirigir-se, ao mesmo tempo, à realização de vários objetivos, e que, portanto, podem ser propostas, ao mesmo tempo, tanto a obtenção de um objetivo desejado como a evitação de um resultado acessório." KAUFMANN, Armin. El dol eventual en la estructura del delito... cit., p. 198.

222 Cf. HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*... cit., p. 910

223 Nesse sentido a crítica de SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 1

224 "[...] decidido pelo Supremo Tribunal alemão sob o número 7.363: [...] dois ladrões pretendem roubar X depois de o haverem reduzido à incapacidade de resistência. Como meio para romperem a resistência de X, escolhem, primeiramente, uma correia que deveria ser colocada no pescoço da vítima. Como, entretanto, contassem com a possibilidade da morte de X, por

estrangulamento, decidem abandonar esse meio e utilizar um pequeno saco de areia, com o qual X deveria ser atordoado. Assim, conduzem, primeiramente, sua atividade. Seu objetivo é a bolsa da vítima, como a evitabilidade de sua morte. Quando, porém, o saco de areia não atordoa a vítima, os autores se voltam para o primeiro meio, afixando-o na garganta da vítima e deixando-o preso a uma fivela, enquanto roubam e empacotam suas coisas. Quando, porém, soltam a correia X encontrava-se morto". TAVARES, Juarez. Espécies de dolo... cit., p. 116.

225 A crítica é de Juarez Tavares. *Teoria do injusto*... cit., p. 276.

226 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 437.

227 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto*... cit., p. 276.

228 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto*... cit., p. 269 ss.

229 Nesse sentido: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto*... cit., p. 272.

230 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto*... cit., p. 271.

231 Em defesa desse ponto de vista, veja-se: WEIGAND, Thomas. Zwitschen Vorsatz und Fahrlässigkeit. *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 93, Berlin: Walter de Gruyter, 1981, p. 657 ss.

232 Para um estudo detalhado sobre a imputação subjetiva no Direito penal anglo-saxão, remeto a OXMAN, Nicolás.*Sistemas de imputación subjetiva en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. Veja-se também FLETCHER George Patrick. *Conceptos básicos de Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 174-179.

233 Sobre o tema, veja-se ROBINSON, Paul. "Rules of Conduct and Principles of Adjudication". *University of Chicaco Criminal Law Review 57*, fasc. III. Chicago: Chicago University, 1990. p. 732.

234 Veja-se, a respeito ROBINSON, Paul*Structure and function in Criminal law*. Oxford: Calderon Press, 1997. p. 142 ss.

235 SINGER, Richard; LA FOND, John. *Criminal Law*. 4. ed., Austin-Boston: Wolter Kluwer, 2007. p. 60.

236 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 448.

237 Assim Carlos Martínez-Buján Pérez em*Derecho penal econômico y de la empresa*... cit., p. 371. Em sentido similar veja-se a opinião de TAVARES,

Juarez. *Teoria do injusto*... cit., p. 271 ss.

238 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 426.

239 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* cit., p. 385.

240 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* cit., p. 385-386.

241 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* cit., p. 381.

242 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* cit., p. 381.

243 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* cit., p. 381.

244 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* cit., p. 382.

245 ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho penal*... cit., p. 169.

246 Um exemplo, no Código Penal do Brasil, é a discussão em torno do incêndio qualificado e sua modalidade imprudente.

247 Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 3º Se result morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

248 Entre aqueles que usam as expressões como sinônimas: TAVARES, Juarez. *Direi penal da Negligência*... cit., p. 427; e SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 197.

249 TAVARES, Juarez. *Direito penal da Negligência*... cit., p. 427-428.

250 Os quais o autor não distingue dos preterdolosos, exemplificando, inclusive, com crime qualificado pelo resultado a lesão seguida de morte: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 197.

251 Literalmente *permanecer em coisa proibida.*

252 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 615.

253 TAVARES, Juarez. *Direito penal da Negligência*... cit., p. 430.

254 TAVARES, Juarez. *Direito penal da Negligência*... cit., p. 432-433.

255 Art. 18. Diz-se o crime: I – [...]; II – culposo, quando o agente deu causa ac resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

256 Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente qu o houver causado ao menos culposamente.

Capítulo 9

A PRETENSÃO OBJETIVA DE ILICITUDE – INSTÂNCIAS NORMATIVAS PERMISSIVAS

INTRODUÇÃO

Para a afirmação da ilicitude, não basta a presença de um tipo de ação ou omissão que seja ainda materialmente relevante porque ofensivo a um bem jurídico de tal modo importante que demande intervenção penal, mesmo que essa atuação seja tal que corresponda a um compromisso para com a produção de um resultado ou à quebra dos deveres de cuidado exigidos na hipótese.

Isso porque a afirmação a respeito de um tipo de ação ou omissão diz respeito a uma situação padrão, ou seja, às circunstâncias normais em que ela transcorre. Porém, essa nem sempre é a realidade. Há situações excepcionais, cujas circunstâncias são capazes de determinar uma justificativa adequada para a conduta típica, de modo a afastar a incriminação porque, diante da situação concreta, não resulta justo que a norma pretenda afirmar sua pretensão de ilicitude. Tais justificativas são das mais variadas ordens e graus, de tal modo que podem ter diferentes efeitos.

Dentro das fórmulas doutrinárias tradicionais, se diz que a afirmação da pretensão de ilicitude ou antijuridicidade resta afirmada simplesmente pelo cotejo da realização da conduta típica em face do conjunto de normas permissivas de caráter justificante expressas no ordenamento jurídico. Não é incomum o uso da frase: *a antijuridicidade é a característica de contrariedade do fato em relação ao conjunto do ordenamento jurídico*.[1] Entretanto, conforme será visto adiante, a fonte de exclusão da pretensão de afirmação da ilicitude não deriva exclusivamente de regras positivadas.

No âmbito da pretensão objetiva de ilicitude, cumpre fazer uma prospecção

negativa de permissões, ou seja, verificar quais são os casos em que normas permissivas (legisladas ou não) podem lograr afastar o caráter de ilícito penal de determinado caso que conta já com uma pretensão de relevância (tipo de ação ou omissão) e pretensão subjetiva de ilicitude (dolo ou imprudência).

Essas situações são também descritas normativamente e são tratadas pela doutrina tradicional com variada terminologia. São chamadas de normas permissivas justificantes, causas de exclusão da ilicitude, causas de justificação, justificativas, excludentes, eximentes ou excludentes de ilicitude. Nos manuais tradicionais, aparecem comumente estudadas sob o título de antijuridicidade ou ilicitude.

A antijuridicidade foi reconhecida classicamente como tema fundamental no estudo da teoria do delito porque era uma categoria que transcendia a dimensão penal. A afirmação de contrariedade ao ordenamento jurídico, de ocorrência desvaliosa, seria um dos temas basilares a serem enfrentados em qualquer estrutura teórica de atribuição de responsabilidade, posto que implicava em discutir um afastamento de responsabilidade ao mesmo tempo penal e de outros ramos do direito. Vale dizer, uma situação penalmente justificada não geraria responsabilidade penal, nem civil ou administrativa. A questão se torna tormentosa, porém, quando se chega ao âmbito das causas supralegais de antijuridicidade e sua fronteira com as causas supralegais de exculpação. É que o afastamento da responsabilidade penal, com efeitos civis e administrativos, não parece ser adequado, salvo em um campo estrito da autorização do direito positivo. No mais, resulta mais profícua a análise caso a caso com a separação das instâncias.

Portanto, o esquema mais adequado para a solução das hipóteses de permissão da prática de um tipo de ação ou omissão, doloso ou imprudente, é, sem dúvidas, a divisão das permissões entre fortes e fracas, tal como aqui se oferece, na esteira da proposição de Vives Antón.[2]

As permissões fortes, com expressa previsão legal, compõem regras concretas, com elementos descritivos válidos para todas as hipóteses legais indistintamente. Presentes tais requisitos, resta afastada não apenas a pretensão normativa de ilicitude penal, mas também de outros ramos do direito, ou seja, é possível afirmar que todos

os fatos que se subsumam aos requisitos mencionados não são ilícitos ou antijurídicos. Essas permissões fortes são o que a doutrina tradicional qualifica de causas legais de justificação. Assim, por exemplo, nos casos de legítima defesa, presente a agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, aquele que usa moderadamente dos meios necessários para repelir a agressão atua de modo permitido em todos os casos e a todos os efeitos.

Contudo, pode ainda haver situações de permissões fracas ou débeis, que por sua natureza exigem uma verificação caso a caso, circunstancial, uma valoração precisa não só de elementos legais, mas principalmente de circunstâncias do fato que possam conduzir ao afastamento da ilicitude, não como regra geral, mas especificamente para o caso concreto. Essas situações podem derivar de autorizações oferecidas pela lei como causas de exculpação ou derivadas de um contexto social de permissão, mesmo que não previstas em lei, como causas supralegais de justificação ou exculpação.

Em todos os casos, as permissões fracas não afastam a responsabilidade em geral, mas apenas selecionam entre os responsáveis, para o afastamento de possíveis responsabilizações injustas de condutas que foram instrumentalizadas ou determinadas por expressões de vontade alheias. Assim ocorre, por exemplo, nas hipóteses de atuações sob grave ameaça. Não se afasta, na hipótese, a responsabilidade em geral, mas apenas a responsabilidade específica do ameaçado, nos estreitos limites de sua atuação instrumentalizada, remanescendo responsabilidade para quem o ameaça. Do mesmo modo, afastada a responsabilidade penal, a matéria remanesce discutível em outros âmbitos do direito (civil, administrativo etc.).

1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO ESTUDO DA ANTIJURIDICIDADE OU PRETENSÃO NORMATIVA DE ILICITUDE

O surgimento do tema da ilicitude no Direito penal, na verdade, deriva de um estudo de Direito civil, realizado por Jhering, em 1867,[3] que dá origem à bipartição da análise do ilícito em uma antijuridicidade objetiva e uma culpabilidade subjetiva, representando a primeira uma contrariedade ao direito.

Conforme bem relembra Bitencourt, “Ihering percebeu que a posição do ‘possuidor de boa-fé’ era diferente da do ladrão. Ao primeiro, precisamente por sua boa-fé, não se lhe pode censurar por ter em seu poder a coisa alheia. Já ao segundo, sim, como registro da reprovabilidade social de sua conduta”.[4] Entretanto, mesmo diante desse quadro, não se pode considerar que o possuidor de boa-fé tenha atuado de conformidade com o ordenamento jurídico. Desse modo, a situação do possuidor de boa-fé resulta ser contrária ao direito e, portanto, antijurídica, porém, sua atitude não pode ser castigada, por não ser culpável.

É o estudo da contrariedade à norma e sua correspondência à sanção que fundamenta as discussões a respeito da antijuridicidade. Isso porque, conforme observa Cláudio Brandão, não existe, “do ponto de vista de uma Teoria Geral do Direito, um fato que por si só seja lícito ou ilícito. A licitude ou ilicitude de um fato deve-se exclusivamente à atribuição de uma sanção pelo ordenamento jurídico ao comportamento contrário ao seu comando”.[5]

Ainda que seja um tema de interesse do direito em geral,[6] a afirmação de ajuste ou contrariedade ao direito, ou seja, o binômio licitude-ilicitude, é elemento essencial na teoria do delito, que cuida justamente de afirmar se alguém é responsável pela prática de um ilícito. Desse modo, o desenvolvimento mais importante dessa categoria deu-se no âmbito dos estudos teóricos a respeito do delito.[7]

A análise da ilicitude como algo independente da culpabilidade passou, no curso de sua evolução teórica no campo do estudo do Direito penal, por várias etapas que serão aqui elencadas: primeiramente, como ilicitude geral, como sinônimo do injusto, como representação completa da parte objetiva do delito em contraposição e complemento da culpabilidade; depois, como elemento objetivo que se desenvolvia axiologicamente ao lado de uma tipicidade anódina; mais tarde, como um conjunto formal de normas permissivas orientadas objetiva e subjetivamente; depois, como um espaço de resolução de conflitos; e, finalmente, como estrutura permissiva de afastamento da pretensão de ilicitude da norma. Etapas estas que serão sucessivamente aqui apresentadas.

1.1 Injusto e antijuridicidade

A construção a respeito da antijuridicidade como elemento do crime aparece com a bipartição do injusto iniciada pela teoria dos elementos negativos do tipo proposta por Merkel[8] e desenvolvida por Beling com sua teoria do delito-tipo.[9] Para esse autor, a antijuridicidade e a tipicidade compõem a estrutura do injusto.

Desde a cisão entre tipo e antijuridicidade proposta por Beling, persiste uma discussão sobre a relação entre esses elementos, segundo a natureza tripartida ou bipartida a respeito da distribuição dos elementos componentes do conceito analítico de crime.

A teoria bipartida apresenta uma dicotomia do delito entre injusto e culpabilidade, sendo que os conteúdos dessas categorias variam segundo diferentes perspectivas, que tem entre si a uniformidade de considerar que tipicidade e antijuridicidade representam um único conceito de injusto, que compreende elementos positivos – que compõem o tipo –, relativos à afirmação da existência do crime, e elementos negativos – as normas permissivas que são causas de justificação –, que infirmam a existência do injusto.

Assim, para os defensores dessa perspectiva, todos os fatos típicos são, em princípio, antijurídicos, salvo aqueles justificados. Afirma-se, assim, a presença de um injusto, sempre que ausente uma causa de justificação.

A oposição a essa perspectiva brota da conhecida formulação de Beling, a chamada teoria do delito-tipo, que trouxe a separação entre tipicidade, como categoria descritiva da correspondência entre o fato praticado e a previsão legal e a antijuridicidade, como expressão da contrariedade do fato ao conjunto de normas que compõem o ordenamento jurídico.

Ao final, a diferença entre as concepções de injusto e antijuridicidade estão associadas à dicotomia entre as teorias bipartida e tripartida do delito e são o fundamento da distinção entre a dimensão material e formal da antijuridicidade.[10] Enquanto a expressão "*antijuridicidade* designa uma propriedade da ação típica, a saber, sua contradição com as proibições e ordens do Direito penal, por *injusto* se entende a própria ação típica e antijurídica, ou seja, o objeto de valoração da

antijuridicidade junto com seu predicado valorativo”.[11]

Portanto, nessa concepção, enquanto a afirmação ou negação da antijuridicidade representa a contrariedade ou não ao direito desde um ponto de vista exclusivamente formal, é o conteúdo variável do injusto que vai afirmar, com base em ideias de adequação social e princípios como o de intervenção mínima, a existência ou não da dimensão material daquela.[12]

Isso significa que, vista desde um ponto de vista meramente formal, é possível afirmar que a antijuridicidade é uma segunda etapa, que consiste em um juízo de valor distinto do juízo de tipicidade, porque na tipicidade se trata unicamente de uma subsunção entre o fato e a norma, enquanto que na antijuridicidade se trata de valorar justamente se deve prevalecer, no caso concreto, a força da norma proibitiva típica ou da norma permissiva que aponta para a exceção que permite a realização do tipo de ação ou omissão.

Em contrapartida, o injusto contempla um juízo de valor mais amplo, que não se detém na contraposição entre normas – portanto, na dimensão formal da ilicitude –, mas acrescenta a esta uma dimensão material, expressa na valoração da ofensividade, do ataque ao bem jurídico.

Portanto, para essas concepções iniciais, o decantar-se pelo modelo de injusto implicava incluir uma dimensão material na afirmação da ilicitude.

1.2 Antijuridicidade como essência do delito ou elemento de sua composição

Justamente em função de tais dicotomias, durante o desenvolvimento do estudo do tema no âmbito penal surgiram duas tendências contrapostas a respeito da antijuridicidade, a de considerá-la elemento do delito e a de entendê-la como a própria essência do crime.[13]

Considerando a antijuridicidade como a essência do próprio crime apareceram principalmente as opiniões da escola italiana, bem expressas nos trabalhos de Battaglini,[14] Petrocelli,[15] Rocco[16] e Antolisei.[17] Para este último, o crime consistia na violação da norma que continha a valoração social para o comportamento hipotético, situação que constituía a própria antijuridicidade. A antijuridicidade não poderia ser

um elemento do crime na medida em que esgotaria seu próprio conteúdo, ou seja, a totalidade dos fatores que a constituem, razão pela qual sequer poderia ser estudada desde um ponto de vista objetivo e subjetivo separadamente. Nesses termos, "a antijuridicidade, aceitando o delito em seu conjunto, não pode ser objetiva nem subjetiva: é simplesmente a relação de contradição entre o fato unitariamente considerado e os ditames do ordenamento jurídico".[18]

Em realidade, Antolisei nada mais fez que reproduzir a opinião já antes manifestada por Rocco em 1932, quem, por um lado, combatia o entendimento de que a antijuridicidade constituísse o efeito de uma ação delituosa e, por outro, que fosse ela um elemento constitutivo do delito.

Para Rocco,[19] a antijuridicidade não poderia ser efeito de uma ação delituosa por aquela não ser um predicado desta, mas sim um predicado de relação. O delito seria uma violação ou lesão do direito, enquanto a ação, que o constitui, se encontraria em uma relação de contradição para com o direito penal, nisso consistindo a antijuridicidade.

Por outro lado, tampouco poderia ser um elemento constitutivo do delito, mas sim sua própria essência, porque "o delito é por sua natureza um injusto jurídico, um ilícito jurídico (penal), ou seja, um *quid* contrário ao direito penal ou penalmente antijurídico".[20]

No Brasil, Everardo da Cunha Luna foi um defensor desse ponto de vista entendendo a antijuridicidade como "relação de contrariedade entre a ação humana e a norma do Direito",[21] ou seja, a antijuridicidade era por ele entendida como juízo de valor essencial à caracterização do ilícito.[22]

Para esses autores, a antijuridicidade deveria ser compreendida como um juízo de valor que constitui a essência do crime, dotando a conduta do caráter de indesejada pelo ordenamento jurídico. Como juízo de valor, a antijuridicidade não pode estar submetida à regulamentação jurídica, uma vez que a regulamentação normativa possível dirige-se a condutas e não juízos de valor.[23]

O sentido contrário, porém, é ainda prevalente, ao menos, na doutrina brasileira. A ideia de que a antijuridicidade não constitui a essência do crime, mas apenas um de

seus elementos, é a ideia que melhor se ajusta às concepções tripartidas do delito.[24]

O desenvolvimento do modelo teórico causalista realizado principalmente por Mezger[25] manteve a antijuridicidade como um elemento do delito. Para Mezger, a antijuridicidade era um juízo de valor da exteriorização da vontade, que a dotaria da qualidade de ilícita.[26]

O advento do finalismo, com Welzel, ainda que tenha trazido uma concepção nova a respeito do delito, introduzindo especialmente o componente pessoal, de cunho subjetivo, manteve a separação entre tipicidade e antijuridicidade, reservando para esta última o papel de representar "a violação da ordem jurídica em seu conjunto, mediante a realização de um tipo".[27] Para Welzel, uma vez que as normas permissivas propõem a criação de uma ordem valiosa da vida social, a antijuridicidade seria justamente o desvalor ou o valor negativo que possui a conduta que contraria a ordem jurídica.[28]

Maurach,[29] que também considerava que a antijuridicidade era um elemento do delito, enxergava nela um instrumental de verificação da juridicidade das condutas, ou seja, de afirmação de sua conformidade ao direito, apesar da violação da norma incriminadora. Ou seja, a antijuridicidade seria a análise das particularidades que fazem eximir de sanção fatos típicos, diante da presença de uma situação justificante.

Assim, a antijuridicidade constituiria um elemento do crime, "mas um elemento diverso daquele naturalístico sobre o qual o crime sempre se lastreia. Ela se resolveria no juízo de que o fato é lesivo de um bem jurídico".[30]

O resumo desse posicionamento é oferecido por Giuseppe Bettiol, para quem a antijuridicidade não é apenas um elemento do crime, mas é o principal deles, aquele que dota de sentido os problemas de direito penal, "é o que faz com que o crime seja aquilo que ele efetivamente é".[31] A antijuridicidade representaria justamente a contraposição entre o fato realizado e o valor jurídico contido na norma.

No Brasil, ainda é dominante o posicionamento no sentido de que a antijuridicidade é elemento do delito, sendo assim tratada desde os já clássicos trabalhos de Aníbal Bruno[32] e Nélson Hungria,[33] até os atuais.[34]

Para Aníbal Bruno, a antijuridicidade era compreendida como "um dos

elementos conceituais do crime",[35] consistente em uma reprovação de parte da ordem jurídica, que transcende o próprio sistema penal, consistindo em um conceito do direito em geral.

Assim também Nélson Hungria,[36] que utilizava a expressão *injuridicidade* para referir--se à ilicitude ou antijuridicidade, a entendia como um dos elementos que compunham o crime, ao lado do fato típico, da culpabilidade e da punibilidade. Ainda assim, reservava para a injuridicidade um lugar de destaque, ao afirmar que "o fato típico e a culpabilidade constituem, respectivamente, o elemento material (exterior, objetivo) e o elemento moral (psíquico, subjetivo) do crime; a injuridicidade é a sua própria essência, e a punibilidade, sua nota particular".[37]

Assim, em resumidas contas se pode dizer, com Cláudio Brandão, que para essa postura, "a antijuridicidade é um elemento do crime e não se deve confundir esse elemento com o fato antijurídico, o qual é o crime em si. O fato antijurídico é composto da antijuridicidade, da culpabilidade e do fato, enquanto a antijuridicidade, abstratamente considerada é uma relação de contradição".[38]

1.3 A concepção material do injusto como violação do bem jurídico e sua situaç na teoria do delito

Em um primeiro momento, como visto, a antijuridicidade pode ser compreendida como uma contraposição entre a norma jurídica e a conduta realizada. Entretanto, esse aspecto relativo à antijuridicidade é apenas revelador de uma das dimensões do injusto que representa o ordenamento jurídico. Acontece que a norma não é uma construção vazia, apenas voltada para a determinação de condutas, mas é também produto de uma prévia valoração, que lhe dá razão de existir. A norma jurídica sempre expressa um interesse protegido.

Assim, a contradição justificadora da intervenção penal não é só representada pela formal contraposição entre o comando normativo e a conduta que rompe com ele, mas também se estabelece materialmente, entre o interesse que se pretende proteger através do comando normativo e a conduta praticada. Essa segunda dimensão é uma dimensão material, que vai referida ao bem jurídico.

Já o próprio Von Liszt, nos primórdios da construção da teoria do delito, referia que a pretensão do Direito é a regulamentação de interesses que lhe são prévios.[39] Portanto, o crime, dentro dessa ideia, expressa uma dimensão formal representada na contrariedade à norma e uma dimensão material, referida ao ataque ao interesse que a norma visa resguardar. Nesse sentido, já desde Von Liszt se sustenta que a antissocialidade da ação não é criada pela antijuridicidade, senão que esta é apenas o veículo pelo qual aquela se expressa.[40]

Justamente por isso, é necessário reconhecer a dimensão material do injusto.

Entretanto, como o modelo causal admitia o tipo como uma categoria que se determinava unicamente através de um processo de subsunção, anódino e avalorativo, como queria Beling,[41] toda a carga relacionada à dimensão material ficava reservada à antijuridicidade.

Mezger,[42] por sua vez, assumiu a concepção de uma antijuridicidade como *injusto típico*. Para ele, "o delito é ação antijurídica, mas ao mesmo tempo, e sempre, *tipicamente antijurídica"*.[43]

O finalismo, em sua pretensão de superação do causalismo, preservava um tipo penal determinado pela subsunção, ainda que se lhe acrescentasse elementos subjetivos.

De outro lado, se mantinha a antijuridicidade como contraposição ao ordenamento jurídico, sem maiores considerações materiais, acrescida, porém, também de uma dimensão subjetiva, própria da ideia de uma responsabilidade pessoal. Tanto que Welzel[44] afirma textualmente que "a antijuridicidade é um juízo de valor objetivo, enquanto se pronuncia sobre a conduta típica a partir de um critério geral: o ordenamento jurídico", por outro lado, "seu objeto, a ação, ao contrário, é uma unidade de elementos objetivos e subjetivos".

De qualquer modo, a despeito disso, Welzel não desprezava a determinação de uma vinculação material para a teoria do delito, o que fazia através de uma categoria que, em seu esquema de teoria do delito, não aparecia muito concretamente situada, qual seja, a ideia de *adequação social*.[45]

O advento do funcionalismo trouxe de volta os aspectos valorativos com força

para dentro da dimensão objetiva da responsabilidade penal, fixando o tema, no entanto, na tipicidade, relegando à antijuridicidade um aspecto de contraposição normativa, na palavra de Roxin, um *espaço de solução de conflitos*.[46]

É aqui onde se confrontam uma pretensão geral persecutória dos fatos típicos e outra, contraposta àquela, individual, do acusado, em ver reconhecida uma especial condição de permissão para a prática do tipo de ação ou omissão.

Daí que a doutrina funcionalista preserve a ideia central de que a principal função da antijuridicidade seja a de promoção de uma prospecção negativa dela própria, através da determinação da eventual presença de alguma causa de justificação.[47]

1.4 O sistema significativo e a pretensão de ilicitude

Em um sistema significativo, como o aqui adotado, a discussão a respeito da sede em que se deve discutir a dimensão material do injusto se dissipa completamente, firmando posição conclusiva a respeito da inclusão já na tipicidade de uma dimensão material, referida ao bem jurídico e que, ademais, deve corresponder à expressão do princípio de intervenção mínima. No entanto, essa dimensão não visa afirmar a pretensão de ilicitude, mas sim, antes, afirmar a pretensão de relevância, sob a forma de uma subpretensão: a subpretensão de ofensividade, como visto no § 7º.

À dimensão objetiva da pretensão de ilicitude se reserva a análise prospectiva de normas permissivas em face do caso concreto.[48]

Essas normas permissivas, não obstante, não se limitam às chamadas causas legais de justificação, tal como tradicionalmente se procede no âmbito da doutrina tradicional, senão que compreendem, conforme se verá adiante, causas legais de justificação (sob a forma de permissões fortes) e causas legais de exculpação e causas supralegais de justificação e exculpação (sob a forma de permissões débeis ou fracas).

2 PERMISSÕES FORTES (CAUSAS LEGAIS DE JUSTIFICAÇÃO)

Em um primeiro momento, a intervenção do direito representa a atuação do Estado com vistas a regular a vida em sociedade. Desse modo, as normas representam regras a serem seguidas que, uma vez violadas, demandam uma reação de parte do ente regulador. Essa é a própria essência contratualista da concepção de Estado, já que nele se encontram depositados os anseios dos cidadãos comuns em verem protegidos interesses que sua força pessoal não consegue proteger.

Esse padrão, porém, corresponde às condições normais de vida em sociedade. Entretanto, há situações emergenciais em que, por distintas razões, o Estado não pode oferecer ao indivíduo a proteção nele buscada. Nesses casos, o Estado admite que o particular se valha de desforço próprio para realizar a proteção de seus interesses, ainda que em detrimento da preservação do interesse de normas por ele mesmo criadas.

Para a regulamentação dessas hipóteses excepcionais em caráter mais geral, o Estado cria as chamadas causas legais de justificação. Trata-se da oferta de um rol permissivo de hipóteses em que a atitude de preservação de determinado interesse por parte do particular justifica a violação de algum comando proibitório de modo tão geral que afasta completamente a ilicitude do caso. Para o autor e para eventuais partícipes, relativamente ao âmbito penal e a outros âmbitos jurídicos.

As causas legais de justificação eventualmente podem ser destinadas a justificar situações específicas, referidas a um crime ou um grupo de crimes determinados, como por exemplo, o art. 128 do Código Penal brasileiro, que estabelece hipóteses de exclusão do crime de aborto, o art. 142 do Código Penal brasileiro, que estabelece hipóteses de justificação em crimes contra a honra, ou ainda o art. 37 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que exclui a antijuridicidade de crimes contra a fauna. Do mesmo modo, existem outras gerais, que são aplicáveis indistintamente a todos os ilícitos regulados pelo ordenamento jurídico, e que são o objeto do presente comentário.

As causas gerais são previstas no Código Penal brasileiro no art. 23: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Basicamente, toda causa de justificação é composta por uma situação especial justificante, ou seja, pela conjunção de circunstâncias que tornam a ocasião singular e especial em face daquela que trivialmente deriva em responsabilidade pela realização de um tipo e uma atitude do sujeito que, obedecendo uma série de requisitos, permite ser enquadrada na causa de justificação e, em face disso, permanecer impune.

2.1 O estado de necessidade

Situação clássica de emergência é o estado de necessidade. Existe, nessa hipótese, uma verdadeira colisão de interesses juridicamente protegidos que não podem ser preservados simultaneamente. Na verdade, regra jurídica cede perante tal situação de emergência, criando uma norma permissiva, até mesmo em face de sua incapacidade coercitiva. Conforme bem observa Bitencourt, "nem adiantaria dispor de forma diversa, uma vez que o instinto de sobrevivência e de preservação pessoal é muito mais forte do que qualquer 'coação psicológica' que a sanção penal possa representar".[49]

2.1.1 Evolução histórica

Já desde as legislações mais antigas conhecidas pela humanidade, o instituto do estado de necessidade se fez presente. Jiménez de Asúa[50] relata a existência de referências à impunidade dos atos praticados em estado de necessidade já nas Leis de Manu, na Índia e passagens da Bíblia.

No direito romano, ainda que não houvesse um princípio regulatório geral, havia situações concretas em que era admitido o sacrifício de um bem jurídico menos importante para a salvaguarda de outro mais importante.[51] Não se castigava quem realizasse um crime numa situação de extrema necessidade. Por exemplo, o capitão de um navio que, exposto a uma situação de grande perigo, determinasse que a sua carga fosse lançada ao mar não sofreria qualquer reprimenda do sistema penal. Do mesmo modo, o sujeito que demolisse a casa do vizinho em chamas, para evitar que o incêndio alcançasse à sua própria, tampouco era castigado.[52]

No Direito germânico também figurava o estado de necessidade, apoiado em

dois princípios reitores: o de que a necessidade não conhece a lei e o dever de assistência aos necessitados, reconhecido em favor de três classes de pessoas: os viajantes, as mulheres grávidas e os pobres.[53]

O direito canônico aplicou várias regras associadas ao estado de necessidade, que se consagra como princípio *Quod non est licitum necessitas facit licitum* (a necessidade torna o ilícito, lícito).[54]

Desse modo, o direito medieval acaba consagrando a expressão *estado de necessidade*, que vem da formulação latina *necessitas* ou *iure necessitatis*, largamente referida ainda nos escritos dos séculos XVII e XVIII,[55] especialmente para tratar das frequentes situações de furto famélico.[56]

No Brasil, o Código Criminal de 1830 considerava em estado de necessidade quem praticava crime para evitar um mal maior (art. 14, 1º) e, com isso, não se atribuía responsabilidade penal nessa situação.

Os requisitos que então se exigia para a configuração dessa situação eram: a certeza do mal que se queria evitar, a falta absoluta de outro meio menos prejudicial para evitá-lo e a probabilidade da eficácia do meio empregado.

Os termos foram repetidos pelo Código Penal da República, de 1890, em seu art. 32, § 1º, e art. 33.

Adota, finalmente, a forma que conhecemos hoje, com o advento do Código Penal de 1940, que em seu art. 20 anuncia considerar em estado de necessidade aquele que pratica fato para salvar direito próprio ou alheio de perigo atual, que não provocou por sua vontade e nem podia, empregando outro mecanismo, evitar. Ademais, passou-se a introduzir a questão da razoabilidade, exigindo ainda, que nas circunstâncias concretas, não fosse razoável exigir-se o sacrifício do bem ameaçado.

O atual Código Penal brasileiro repete tal fórmula em seu art. 24.

2.1.2 Estado de necessidade, moral e direito

Como se nota, há um claro sentido de humanidade no contexto do estado de necessidade desde os primórdios de sua elaboração.

É por isso que Bettiol[57] comenta, a respeito do instituto do estado de

necessidade, que este é um importante ponto de atrito entre o Direito Penal e a moral. Isso porque considera uma heresia a afirmação de que o estado de necessidade não conhece lei, já que diante da necessidade de salvar algo é possível praticar crime. A moral, como é sabido, obriga muitas vezes ao sacrifício de si próprio para salvar terceiros. Assim, a admissão de um padrão moral sem obrigações nem sanções pode ser o ideal de indivíduos desmiolados, que pensam apenas no proveito próprio.

É necessário entender que a postura de Bettiol deriva de um perfil que tende, por força da influência *welzeliana* a destacar a vertente de determinação das normas jurídicas, já que revela a pretensão de "tornar ético o Direito penal",[58] ou seja, de convertê-lo em um instrumento de determinação de comportamentos a uma moral predeterminada considerada adequada.

Por outro lado, a verificação de alguns exemplos concretos demonstra o quão longe está a questão do estado de necessidade das escolhas morais de fácil decisão. Basta pensar a situação da gestante cuja gravidez é de risco. Autoriza-se o aborto. Há uma concreta violação do bem jurídico vida, mas o ordenamento jurídico brasileiro, no caso, não hesita diante do seu sacrifício porque o bem jurídico posto em risco é exatamente o mesmo. Haveria claramente um impasse moral a respeito da valoração das vidas, porém, isso não obsta que o direito manifeste-se claramente em favor de uma delas, diante da óbvia impossibilidade de o Estado proteger os dois bens jurídicos concomitantemente.

Desse modo, se pode dizer, com Bitencourt, que o "sentido humanitário do Direito, não exigindo renúncias heroicas, é o fundamento ético-social para excluir a ilicitude de comportamentos praticados em estado de necessidade".[59]

2.1.3 Requisitos do estado de necessidade

A ideia geral do estado de necessidade é justificar as hipóteses em que a lesão de um bem jurídico-penalmente protegido é produzida para evitar um mal, respeitada a ideia de proporcionalidade.

Como todas as causas de justificação, o estado de necessidade é identificado a partir da presença de circunstâncias que dão ao fato um caráter de emergência e uma

atitude que obedece a requisitos específicos capaz de torná-la impune.

2.1.3.1 A situação justificante

A situação justificante do estado de necessidade, ou seja, a especial condição que torna válido um determinado tipo de ação ou omissão, deve possuir os seguintes requisitos: um perigo atual, aflitivo de direito próprio ou alheio, que seja involuntário e inevitável.

Perigo é uma categoria que representa a antecipação de um dano, ou seja, está associada à capacidade humana de antecipação dos resultados. A situação de perigo está associada àquilo que a experiência humana indica como conjunto de circunstâncias que fazem denotar a iminência de um dano. A doutrina estabelece critérios para a identificação desse perigo se pondo de acordo, de maneira geral, em que a verificação do perigo há de ser feita *ex ante*, e que tal verificação não pode ser feita puramente de modo subjetivo, ou seja, segundo a perspectiva do autor. Outrossim, não há acordo quanto à fórmula a ser utilizada para o juízo objetivo *ex ante*.[60] Segundo parece, porém, é dominante o entendimento pelo uso do julgamento de um observador inteligente, complementado eventualmente pelo juízo de um especialista na área.[61]

A fonte do perigo pode ser variada, seja a própria natureza, um animal, ou até mesmo uma conduta humana involuntária.

O perigo deve ser *atual*, ou seja, deve estar acontecendo, daí não se admitir estado de necessidade em potencial, ou seja, em face de alguma coisa que ainda esteja por acontecer, ou estado de necessidade relacionado a um perigo que já cessou. Por outro lado, é necessário ver que a imediação é da necessidade de proteção e não do dano ao bem jurídico, sob pena de ser ineficaz a atuação.[62]

Esse perigo há de estar referido a um "direito". Na verdade, a um bem jurídico. Porém, tal bem jurídico não necessariamente há de pertencer ao sujeito que atua. É possível a atuação em estado de necessidade por situação atual de perigo de um bem jurídico de terceiro. Assim, fala-se em estado de necessidade próprio e estado de necessidade de terceiro.[63] Por exemplo, o furto famélico cometido pela mãe que

subtrai um litro de leite para amamentar o filho que morre à míngua de inanição. O bem jurídico vida é do filho, mas a atitude da mãe encontra-se justificada.

Do mesmo modo, o bem jurídico atacado ou sacrificado para a proteção de outro pode pertencer ou não à fonte do perigo, classificando, assim, a atitude necessária do autor justificado como *estado de necessidade defensivo* e *estado de necessidade agressivo*.[64] Caso a vítima da intervenção em estado de necessidade seja a fonte do perigo, fala-se em *estado de necessidade defensivo*. Por exemplo, a morte do cachorro de alguém que, inopinadamente ataca, para evitar sofrer a mordida deste.[65] Caso a fonte do perigo não se relacione com a titularidade do bem jurídico sacrificado, denomina-se *estado de necessidade agressivo*, como, por exemplo, utilizar – e destruir – o valioso guarda-chuva de B, para defender-se do ataque do cachorro de A.[66]

Por outro lado, o perigo há de ser *involuntário*, e com isso se quer dizer que não é possível a arguição de estado de necessidade de parte de quem causou voluntariamente a situação de perigo.

Aquele sujeito que cria intencionalmente a situação de perigo para si próprio ou para terceiro não pode pretender amparo do direito para sua conduta. Isso porque, ao criar voluntariamente a situação de risco, automaticamente o sujeito se torna garantidor da não ocorrência do resultado, segundo determina o art. 13, § 2º, do Código Penal. Seria incongruente que a lei, por um lado, dotasse de responsabilidade pelo resultado o sujeito que cria o risco e, ao mesmo tempo, justificasse sua conduta.

Situação de discussão doutrinária é a hipótese de perigo derivado de ação descuidada (imprudente), mas involuntária. A descrição do estado de necessidade no Código Penal brasileiro inclui apenas a expressão "que não provocou por sua vontade" ao referir-se ao perigo, dando a entender que não poderia escudar-se na causa de justificação aquele que provocasse o perigo mediante uma conduta dolosa. A conduta imprudente não poderia ser impeditiva da aplicação da norma permissiva.

O tema contou, no cenário brasileiro, com opiniões divergentes.

Para Heleno Fragoso,[67] a limitação legislativa seria clara, não incluindo as hipóteses de imprudência,[68] assim, sustentava o autor que "pode haver estado de

necessidade se o agente causou culposamente a situação em que surge o perigo. Por exemplo, se o agente provoca um incêndio por inobservância do cuidado devido, pode alegar o estado de necessidade se, para salvar-se, causa dano a outrem inevitável".[69] No mesmo sentido concorreu a opinião de Aníbal Bruno, quem, no entanto, ressaltava que a interpretação dada pela doutrina italiana majoritária a dispositivo semelhante do Código daquele país era em sentido inverso, incluindo na expressão voluntariamente atitudes dolosas e imprudentes.[70]

Em sentido contrário, Nélson Hungria afirmava que o significado de que a ação do sujeito que atua em estado de necessidade não poderia referir-se a perigo por ele voluntariamente criado diz respeito a situação "que este não tenha provocado intencionalmente ou por grosseira leviandade".[71] Dessa forma, incluía a atitude imprudente como hipótese de exclusão da causa de justificação.

Assis Toledo[72] sustentou a necessidade de distender-se a proibição de amparo às hipóteses de imprudência, sob o argumento de que se estaria beneficiando quem atua contra a lei. Reconheceu, entretanto, a dificuldade de estabelecer uma solução uniforme para todas as hipóteses similares.

Como solução do impasse, parece de clareza meridiana a lição de Cezar Bitencourt,[73] ao referir que não se deve confundir a criação do perigo intencional com dolo ou imprudência em face do resultado. A questão efetivamente não passa pelo dolo ou pela imprudência, mas sim pela *vontade de provocar o perigo*. Uma pessoa pode ter *vontade de provocar o perigo* com vistas a expor a vítima à possível produção do resultado, antevisto pelo agente, caso clássico de dolo eventual. De outro lado, também é possível *voluntariamente provocar o perigo* por uma imprudente postura de afeição ao risco. A questão determinante para a afirmação do estado de necessidade é simplesmente a ausência de voluntariedade do autor com a criação da situação perigosa. Caso a situação perigosa seja decorrente da manifestação de vontade do autor, ainda que essa vontade não seja de criação do resultado, mas meramente vontade de realização da ação que lhe deu causa, ele não poderá invocar o estado de necessidade, independentemente de qual seja sua orientação subjetiva em face da produção do resultado delitivo.

Com entendimento idêntico, diferenciando dolo e imprudência da vontade de provocação da situação de perigo, Juarez Tavares[74] faz aguda e precisa crítica à carência técnica do legislador brasileiro na matéria, defendendo que mesmo na hipótese de perigo causado intencionalmente, se este não está relacionado ao resultado, tendo sido provocado culposamente, é possível admitir a ocorrência do estado de necessidade.[75]

Finalmente, a situação de perigo há de ser *inevitável*. Com isso se quer dizer que somente resta configurado o estado de necessidade quando não há alternativa para fazer frente à situação de risco que não o sacrifício do bem jurídico posto em pauta. Ou seja, há de ser inevitável o ataque ao bem jurídico em questão, como forma de salvar o bem jurídico posto em perigo. Havendo alternativa que possa poupar o sacrifício do bem, esta deve ser adotada.

O fundamento dessa postura é que nas hipóteses de estado de necessidade, o objetivo central é a eliminação do perigo e não a prevalência do direito.[76]

2.1.3.2 A conduta justificada

Por sua vez, a conduta agressiva de quem atua em estado de necessidade, para restar enquadrada na norma que permite a justificação, deve possuir os seguintes elementos: ser necessária e ser orientada por uma pretensão de conservação de um bem jurídico, ou seja, ser apropriada.

Outrossim, há todo um desenvolvimento teórico por trás dos métodos de aferição da necessidade de adequação dessa conduta justificada. A definição do que é necessário ou apropriado a efeitos de estado de necessidade foi inicialmente desenvolvida por Von Liszt[77] e Eberhard Schmidt,[78] através da chamada *teoria do fim*, segundo a qual a lesão de um bem jurídico só poderia ser contrária ao direito na medida em que contrariasse os fins da ordem jurídica que regulam a vida em comum, vale dizer, com os *fins reconhecidos* pelo Estado.

Já Mezger,[79] que pretendia a afirmação de uma teoria diferenciadora sobre o estado de necessidade, bipartindo-o em justificação e exculpação, tratou de defender a ideia de que o fundamento do estado de necessidade era uma ponderação de bens,

entre aqueles que eram sacrificados e os protegidos, devendo estes últimos ser mais valiosos que os primeiros.

Modernamente, afirma-se como intento conciliatório entre essas duas tendências a chamada *teoria da ponderação de interesses*, segundo a qual a definição de atuação em estado de necessidade depende da “consideração de todas as circunstâncias do caso concreto”.[80]

Claramente, essa opinião coaduna-se com a aferição circunstanciada de um processo de comunicação capaz de determinar se a situação efetivamente corresponde à necessidade justificada.[81]

Assim, se for possível ao sujeito evitar a ação agressiva para a salvaguarda do bem que pretende proteger, esta deve ser a atitude escolhida. Desse modo, a atitude agressiva do bem jurídico alheio só encontra-se justificada quando é necessária, ou seja, quando não há, ao alcance do autor, outra opção mais razoável para evitar o perecimento do bem jurídico.

A situação é bem exemplificada por Cláudio Brandão:[82] “Marta é atacada por um animal, que rasga suas roupas, deixando-a despida. Para cobrir sua nudez, Marta invade uma residência momentaneamente desabitada à procura de roupas. Em um guarda-roupas, Marta encontra tanto vestidos que sabe caríssimos, quanto vestidos que não se revestem dessa característica.” Aqui, o estado de necessidade somente estará presente caso Marta tenha optado por subtrair um vestido entre os menos aflitivos do patrimônio da vítima, porque dela se exige a escolha pela opção que menos danos ao bem jurídico alheio provoque. Caso a opção seja em contrário, estará presente um excesso punível na causa de justificação.

Ademais, especialmente a doutrina finalista, tem exigido um elemento subjetivo específico associado a todas as causas de justificação.[83]

Assim, para os finalistas, a ação agressiva, concomitantemente, há de estar norteada por uma pretensão de conservação de determinado bem jurídico, ainda que represente objetivamente o sacrifício de outro. Essa exigência de um elemento subjetivo no estado de necessidade consiste na pretensão de agir movido pela vontade de salvar o bem jurídico.

Mesmo autores que não podem ser classificados propriamente como finalistas, mas que foram proclives a uma perspectiva personalista do injusto, especialmente aqueles que admitiram, por exemplo, a bipartição do dolo, como é o caso de Wessels.[84] O autor, defensor de uma teoria social da ação, não apenas bipartia as funções do dolo entre o injusto e a culpabilidade, como também exigia uma dimensão subjetiva das causas de justificação, como fica claro em sua definição a respeito do estado de necessidade, quando observa que "a ação correspondente ao estado de necessidade, como única possibilidade de afastar o perigo, deve ser objetivamente necessária e conduzida subjetivamente pela vontade de salvamento".[85]

Refere Bitencourt,[86] em apoio à exigência, que no caso do estado de necessidade, o fim de agir figura na própria descrição normativa do art. 24 do Código Penal brasileiro, que exige que o sujeito atue *para salvar direito próprio ou alheio*.

Assim, estaria vinculada a questão a um propósito e não apenas a um conhecimento, razão pela qual estaria presente a exigência da vontade de agir justificadamente e não apenas do conhecimento da situação justificante.

A maioria da doutrina moderna, porém, na esteira de Roxin,[87] entende que o elemento subjetivo da justificação no estado de necessidade resume-se ao conhecimento da situação justificante, sem necessidade de acréscimo de uma pretensão de salvamento.

Ademais, é assente que outras motivações adicionais, como a busca de reconhecimento público pela atitude heroica, o interesse financeiro ou a ambição na obtenção, por exemplo, de uma promessa de recompensa, podem também ser motivadores da atuação sem que com isso se invalide a justificação da atuação.[88]

Argumento poderoso no sentido da ausência de uma finalidade específica de salvamento para a situação do estado de necessidade é dado por Roxin, ao afirmar que "se falta um resultado socialmente danoso, objetivamente não pode haver um injusto, mas quando muito, um desvalor de ação capaz de fundamentar a tentativa".[89]

Na proposta aqui assumida, em um modelo significativo, temos que o plano de exclusão da pretensão de ilicitude se dá por falta de ingredientes subjetivos (dolo ou culpa) ou objetivos (permissões).[90]

Como todo o tema é englobado no plano dos juízos de valor, fica claro que a análise do elemento subjetivo que norteia a atuação do sujeito inclui o que a doutrina tradicional trabalhava sob forma bipartida, ou seja, inclui a orientação subjetiva da conduta, o primado do princípio de culpabilidade na exigência da conduta dolosa ou imprudente para a produção do resultado que é desvalorado.

Acontece que parece uma construção artificial a pretensão de cindir o dolo como orientador da conduta e a pretensão defensiva que orienta as causas de justificação. Em realidade, a orientação subjetiva de uma conduta, que sempre é produto de uma valoração de atitudes do sujeito, inclui uma única e completa relação com todo o ordenamento jurídico. Não é possível separar um dolo de ação, que se vincule simplesmente à pretensão de agir, a despeito de que esteja sendo essa atitude contrária ao direito ou não.

É por essa razão que parte da doutrina se decanta por reconhecer um único contorno subjetivo atribuível ao *tipo de injusto*.[91]

No plano aqui formulado, dolo e culpa são avaliados como instância subjetiva do injusto todo, incluída já a questão relacionada com pretensão de atuar de modo permitido. No entanto, essa verificação é realizada antes e uma única vez. Depois de verificada a presença dos dados subjetivos da pretensão de ilicitude, processa-se a verificação formal da ilicitude.

2.1.4 Posições especiais de dever e a exclusão do estado de necessidade

O Código Penal brasileiro (art. 24, § 1º) estabelece que aquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo não pode pretender o abrigo do estado de necessidade como forma de justificação de realização de um tipo de ação.

Assim, por exemplo, um bombeiro não pode alegar o estado de necessidade como maneira de eximir-se do dever de enfrentar um incêndio, ou ainda, um policial não pode aduzir o estado de necessidade como justificação em face de sua omissão em enfrentar um assaltante armado.

De outro lado, a obrigação de enfrentar o perigo não é um conceito absoluto. Obviamente, presente situação de certeza de um grave dano para si, não obriga aquele

que tem o dever de enfrentar o perigo a sacrificar-se ou submeter-se a ações perigosas em atitudes de heroísmo.[92] Assim, por exemplo, se, durante um incêndio, a única forma de salvar a vida de uma pessoa em perigo é o sacrifício da própria vida do bombeiro, essa atitude não é exigível dele.[93]

É muito importante a distinção entre o dever de enfrentar o perigo e o dever de evitar o resultado. O policial e o bombeiro dos exemplos não são *garantidores* da não ocorrência do resultado, ou seja, eles não têm o dever de evitar o resultado danoso derivado da situação de risco, mas sim e apenas de enfrentar o risco.[94] O dever de agir para impedir o resultado é tema relacionado à tipicidade dos crimes omissivos impróprios. O dever de enfrentar o perigo é norma que impede a exclusão da ilicitude por estado de necessidade.

2.1.5 Estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante

Convém dizer que o sistema de teoria do delito baseado no *Civil Law*, especialmente desenvolvido no direito alemão, precisamente no campo do estado de necessidade, revela o quão tênue é a sutil diferenciação entre justificação e exculpação.

Serve como exemplo o fato de que no Direito penal positivo brasileiro se adota uma teoria unitária do estado de necessidade, reconhecendo-o unicamente como causa de justificação, enquanto o mesmo não se dá no direito alemão, que adota uma teoria diferenciadora entre o estado de necessidade justificante e o estado de necessidade exculpante.

A teoria diferenciadora surgiu na Alemanha como desenvolvimento teórico visando solucionar casos específicos que caíam na lacuna do então art. 54 do Código Penal. É que o estado de necessidade como justificação só compreendia a defesa contra perigos procedentes de coisas, de modo que não era admitido como forma de ingerência em outros bens jurídicos distintos das coisas. A situação era especialmente grave nos casos de aborto para salvar a vida da gestante, pois a aflição era do bem jurídico vida.

Assim, desenvolveu-se uma ideia de justificação supralegal, desenvolvida a

partir do princípio geral das justificações, qual seja, a de permitir o reconhecimento de que, no conflito entre bens jurídicos, aquele que atua para salvaguardar o mais valioso atua conforme o direito.

A partir de uma decisão marco do *Reichsgericht*, de 11 de março de 1927, em um caso de aborto por indicação médica, seguida de várias outras, passou-se a admitir duas formas de estado de necessidade: uma como causa de exculpação, fulcrada no então art. 54 do Código Penal, que mantinha a ilicitude da conduta, porém, negava a culpabilidade, ante a inexigibilidade de conduta diversa, para situações em que o bem jurídico sacrificado era de valor igual ou superior ao que se protegia; e outra como causa de justificação, baseada na exclusão da antijuridicidade derivada de disposições dos arts. 228 e 904 do Código Civil, que excluía a própria ilicitude da ação, quando o bem jurídico sacrificado fosse de valor inferior ao protegido.[95]

O Código Penal alemão de 1975 já previu a alteração, incorporando o estado de necessidade justificante em seu artigo 34[96] e o estado de necessidade exculpante no seu art. 35.[97]

A legislação penal espanhola, com o Código Penal derivado da Lei orgânica nº 10/95, incorporou a teoria diferenciadora, pela via do chamado *miedo insuperable*.[98]

O Código Penal brasileiro de 1969, que não chegou a entrar em vigor, na esteira das legislações do pós-guerra europeu, previa a adoção da teoria diferenciadora.[99]

A teoria diferenciadora parte de considerar impossível a realização de ponderações a respeito de vidas humanas, de modo a considerar razoável a exigência de seu sacrifício em qualquer hipótese. Daí que as situações limítrofes, precisamente colocadas em termos de contraposição de vida humana *versus* vida humana, não admitiriam submissão a pretensos critérios de racionalidade.[100]

Essa teoria mantém uma diferenciação entre duas classes de estado de necessidade – justificante e exculpante – separadas exatamente segundo sua relação com a proporcionalidade entre os bens jurídicos. Se o bem jurídico sacrificado possui valor inferior àquele que é protegido na situação de necessidade, o estado de necessidade será justificante, excluindo a antijuridicidade; se, por outro lado, o bem jurídico sacrificado for de igual valor àquele que se protege, o amparo à conduta

derivará de uma exculpação, ou seja, trata-se do estado de necessidade exculpante, ou seja, uma causa de exclusão da culpabilidade.

Em sentido contrário, para a teoria unitária, adotada pelo Código Penal brasileiro,[101] seja o bem sacrificado de igual ou menor valor àquele protegido, a situação será de estado de necessidade justificante, ou seja, de presença de uma causa de exclusão da antijuridicidade. Ou seja, "o Código Penal brasileiro não estabelece expressamente a *ponderação de bens*, como também não define a natureza dos bens em conflito ou a condição dos titulares dos referidos bens".[102]

Por outro lado, o que se estabelece concretamente, no art. 24, § 2º, como uma espécie de concessão à razoabilidade é uma causa especial de redução de pena para os casos concretos onde, sendo razoável a exigência do sacrifício do bem em perigo, o agente ainda assim opte por protegê-lo em detrimento dos bens jurídicos de terceiros.

A adoção dessa perspectiva pelo direito brasileiro recebe o aplauso de parte da doutrina,[103] que subscreve a ideia por força de entender que a recusa de incriminação do comportamento, em ambos os casos, deriva menos da inidoneidade da ameaça sancionatória para evitá-lo do que da falta de interesse em impedi-lo.

Porém, a iniciativa é também criticada por outro setor[104] que enxerga na solução diferenciadora um resultado evidentemente mais justo para os casos concretos.

Observa-se ainda que a adoção da teoria unitária pelo Código Penal brasileiro acaba remetendo grande parte dos casos que seriam abrigados pelo estado de necessidade exculpante para *causas supralegais de exculpação*, uma vez que a inexigibilidade de conduta diversa (que é reconhecida como causa de exculpação ou permissão fraca, conforme veremos adiante) encontra-se legalmente limitada às hipóteses do art. 22.[105]

Zaffaroni e Pierangeli chegam a propor concretamente que se adote uma teoria diferenciadora do estado de necessidade que, segundo eles, não resulta incompatível com os ditames do Código Penal brasileiro, já que "em ambos os casos, devem estar reunidos os requisitos do art. 24 do CP, só que a causa com que se exime a responsabilidade penal, num caso será de justificação (não haverá injusto), e, em

outro, haverá injusto, mas o agente não será penalmente responsável em razão da ausência de culpabilidade".[106] A solução proposta parece esbarrar em um problema: se os requisitos do art. 24 estão presentes em ambos os casos, em nenhum deles é razoável exigir-se o sacrifício do bem posto em perigo, pelo que o autor sempre poderia pretender para si a justificação – mais favorável e ampla, com alcance em outros ramos do direito, do que a exculpação.

De qualquer modo, verifica-se que no campo do estado de necessidade, há uma clara aproximação entre justificação e exculpação, compondo uma espécie de elo de conexão entre ambas as categorias.

É corrente nos modelos de organização da teoria do delito a adoção do molde alemão de análise escalonada. Ou seja, parte-se comumente de um substrato estrutural (normalmente a ação) e, sobre esse substrato, pretensamente ontológico, segue a análise através de sucessivas valorações que vão se acumulando de modo a dotar aquele substrato do qualificativo *criminoso*.

Ocorre que, por um lado, já resta demonstrado claramente que a ação não é um conceito ontológico capaz de representar um substrato sobre o qual hão de ser acrescentadas valorações. Por outro, a pretensão de afirmação de que um tipo de ação é injusto e que é culpável não tem porque ser discriminado de modo sucessivo.

Aliás, os sistemas baseados no *Common Law* não distinguem entre *justifications* e *excuses*, valendo todas de modo idêntico para excluir a responsabilidade penal. Trata-se do que Fletcher qualifica de raciocínio plano (*flat thinking*),[107] em contraposição ao raciocínio escalonado adotado pela teoria do delito tradicionalmente conhecida no Brasil.

A questão, segundo Fletcher, está associada a diferenciações de linguagem, que afetam o modo de conceber as exceções oponíveis à imposição normativa, especialmente com base na distinção entre o uso do conceito de justiça (pelo *Civil Law*) e do princípio de razoabilidade (pelo *Common Law*) como forma de enfrentamento da questão das justificações jurídico-penais.[108]

Segundo Vives,[109] exculpações e justificações não têm porque serem vistas de forma escalonada, mas sim como pretensões concomitantes de exclusão da validade

da norma para o caso concreto por ausência de ilicitude, ainda que passíveis de distinção em graus, sob a forma de permissões fortes e fracas.

Nesse sentido, propõe que para a afirmação da pretensão de ilicitude, ou seja, para a afirmação de que a norma vale para afirmar a ilicitude da conduta em concreto analisada, é necessário demonstrar que não concorrem, no caso concreto, normas permissivas. Essas permissões, por sua vez, ou afirmam a existência de um direito à atuação, e nesse caso são permissões fortes, chamadas de causas de justificação, ou simplesmente são permissões que afirmam *tolerar* a atuação, casos em que são permissões fracas, ou exculpações.

No modelo significativo de teoria do delito, portanto, as permissões são tratadas conjuntamente, divididas apenas entre permissões fortes (causas legais de justificação) e permissões fracas (causas legais de exculpação e causas supralegais de justificação ou exculpação), aproximando-se do modelo do direito anglo-saxão ao fazer com que todos os resultados sejam excludentes da pretensão de ilicitude,[110] por outra, preservando as vantagens do raciocínio escalonado ao estipular diferentes grandezas para a exclusão da pretensão de ilicitude: uma ampla horizontal e verticalmente, quanto ao plano dos âmbitos jurídicos e dos autores envolvidos (permissões fortes), e outra restrita horizontal e verticalmente, dirigida só ao âmbito jurídico penal e afastando responsabilidade exclusivamente do autor (permissões fracas).

Pode-se dizer, com alguma tranquilidade, que as hipóteses aventadas pela doutrina como situações merecedoras de um reconhecimento de afastamento da responsabilidade por um legalmente inexistente estado de necessidade exculpante são absorvidas sob a forma de permissões fracas,[111] como causas supralegais de exculpação, merecendo análise tópica que, resultando positiva, afastam a própria pretensão de ilicitude, em uma postura claramente mais garantista.

2.1.6. A qualificação do estado de necessidade: defensivo e ofensivo ou agressiv

De regra, pensa-se o estado de necessidade a partir da ideia de proteção necessária de determinado bem jurídico frente a um perigo atual e iminente não

provocado pelo ela, onde se projeta o sacrifício de bem jurídico alheio que parecia razoável exigir-se. Normalmente, este bem sacrificado está associado, de alguma forma, à fonte do perigo, de regra, pertencente à pessoa responsável pela criação do risco. Pense-se, por exemplo, no cachorro doméstico bravio que ataca uma pessoa quem, para defender-se, sacrifica o animal. É óbvio o prejuízo para o proprietário do cão, mas ele é a fonte de risco implicada. Neste caso, trata-se de um estado de necessidade *defensivo*. A pessoa se defende da fonte de risco mediante o sacrifício de um bem jurídico pertencente ao responsável por aquela.

Esta razoabilidade, no entanto, passa a ser mais discutida caso a proteção da qual lança mão quem está em perigo, importe em sacrifício de bem pertencente a pessoa não envolvida com a fonte de risco, como pode ser o caso, por exemplo, do sujeito que para fugir da abordagem de um assaltante, arromba a porta de uma residência em busca de proteção dos moradores. Os crimes de dano e de violação domiciliar estão amparados pelo estado de necessidade. No entanto, os bens jurídicos sacrificados não se relacionam à fonte do risco que se pretendia salvar.

A diferenciação tem importância por conta de certa discussão acerca do dever de indenizar. Diz-se, comumente, que no estado de necessidade agressivo, remanesce um dever indenizatório cível de parte daquele que se defende, pois a pessoa que teve seu bem jurídico sacrificado não teria obrigação de suportar os prejuízos causados pela conduta de quem se defende.

Não parece correta a proposição, ao menos se considerado o estado de necessidade *agressivo* ou *ofensivo* como causa legal de justificação (permissão forte). As causas legais de justificação ou permissões fortes, são situações em que o direito aprova a conduta realizada. A aprovação da conduta, com o afastamento da ilicitude geral (penal e extrapenal) proveniente da permissão forte, não permitiria o dever indenizatório de parte de quem atua amparado por ele.

Parecem existir duas soluções: ou se entende que o estado de necessidade *agressivo* é permissão fraca[112], tratada como coação moral irresistível e não estado de necessidade, de modo a limitar o afastamento da ilicitude à instância penal, ou, ao contrário, se preserva a condição de causa geral de justificação, com afastamento

completo da ilicitude, remanescendo as possibilidades indenizatórias de quem sofreu a lesão de seu bem jurídico frente unicamente àquele que constituiu a fonte de risco, devendo absorver o prejuízo se tal fonte foi derivada de caso fortuito.

2.2 Legítima defesa

A legítima defesa é um instituto jurídico cujo conhecimento transcende e precede a própria estruturação teórica do delito. Na verdade, consistindo em um dos tópicos melhor elaborados da dogmática jurídico-penal, representa a transposição para a norma da ideia natural do direito de autopreservação contra ataques injustificados. Segundo Roxin,[113] há dois princípios básicos que regem a legítima defesa: o *princípio da proteção individual* referido ao direito de proteção de seus próprios interesses e o *princípio da prevalência do direito* posto ser desejável que o direito se afirme em face de agressões contra interesses individuais. É que as justificações são permissões para que o sujeito afirme seu próprio direito, através da proteção efetiva dos seus bens e interesses, mediante desforço próprio, em situações em que não é dado ao Estado alcançá-lo. Daí que aqui se lhes denomine *permissões fortes*.

2.2.1 Generalidades

O conceito de legítima defesa deriva da necessidade de preservação da possibilidade de atuação contra uma atitude injusta de parte de terceiro. Portanto, é o mesmo princípio de necessidade, a ideia de urgência que orienta a justificação pelo estado de necessidade, que inspira também a justificação perante a ação agressiva alheia. Em realidade, conforme refere Jiménez de Asúa, pode-se considerar a legítima defesa verdadeira especialidade do princípio expresso no "direito de necessidade".[114]

A legítima defesa em realidade representa nada mais do que o reconhecimento pelo direito de uma situação de fato instintiva. A reação de autopreservação, a repulsa a ataques alheios é algo próprio da natureza animal, e como tal, do próprio homem.[115] Bettiol comenta que, em face dessa natureza associada ao instinto, no passado, a legítima defesa chegou a ser considerada "uma espécie de *vis compulsiva*

que impedia a formulação de um juízo de liberdade sobre a ação realizada".[116] O que o direito faz, portanto, é dar contornos jurídicos a uma situação socialmente preexistente.

2.2.2 Requisitos da legítima defesa

A própria norma do art. 25 do Código Penal brasileiro procura oferecer um modelo explicativo do conceito de legítima defesa: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem."

A legítima defesa é identificada a partir da presença de uma situação de agressão injusta sofrida pelo indivíduo, à qual este reage dentro de limites pré-estabelecidos de autorização. Há necessidade, como em todas as causas de justificação, da presença de uma situação de emergência e uma atitude justificada.

2.2.2.1 A situação justificante da legítima defesa

A situação que justifica a legítima defesa é a presença de uma agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de outrem.

A reação em legítima defesa deve dirigir-se contra uma agressão, ou seja, contra um ataque a um bem ou interesse juridicamente protegido.

Obviamente, a agressão a um bem jurídico somente pode manifestar-se mediante uma expressão da pretensão de provocação de um dano, ou seja, de uma conduta que expresse uma manifestação de vontade, ou um compromisso com a realização de uma violação a um bem jurídico.

Assim, contra ataques de animais ou mesmo de situações em que se reconheça a ausência de conduta, como os atos reflexos, não se pode pretender atuar em legítima defesa, ainda que possa existir outra justificação, especialmente o estado de necessidade.[117]

Por outro lado, a agressão pode dar-se através de omissão ou mesmo de conduta imprudente. Não há necessidade que a conduta de ataque seja dolosa, apenas que seja injusta.[118]

Tal agressão deve ser injusta. Isso implica na necessidade de valorá-la.

Quem provoca uma agressão de parte de terceiro não pode invocar para si a legítima defesa, porque pratica uma agressão dolosa injustificada.

A agressão será injusta quando presente a antijuridicidade. Se a agressão é autorizada pelo direito, não cabe contra ela a legítima defesa.

Portanto, legítima defesa de legítima defesa não existe. Não pode existir legítima defesa em nenhuma situação de justificação, pois falta o elemento injustiça da agressão.

Desse modo, não cabe arguição de legítima defesa mediante o emprego de força física para impedir a realização, por terceiro, de subtração de um alimento, em um caso de furto famélico, já que a atitude de furto é amparada pelo estado de necessidade e, ao não ser antijurídica, não pode ser injusta e justificada ao mesmo tempo.

Por outro lado, aquele que sofre o ataque de alguém que atua em estado de necessidade poderá também arguir ele estar em estado de necessidade. Ou seja, a situação de emergência do estado de necessidade pode ser bilateral,[119] já a legítima defesa não pode conviver com nenhuma outra causa de justificação real.[120]

O mesmo não se aplica às situações de exculpação. A maioria da doutrina[121] entende que aquele que é assaltado por um adolescente, ou agredido por um doente mental que não conhece a ilicitude de seu comportamento, não necessita submeter-se à agressão. É que, nesses casos, a agressão é injusta, o sujeito é que não é culpável.

Parte da doutrina, porém, qualifica as situações de agressão praticada por incapazes, ao lado daquelas praticadas em uma particular relação de afetividade, como a entre um casal ou ascendentes e descendentes, como situações em que cabem limitações ético-sociais ao emprego da legítima defesa.[122] Roxin detecta, a esse efeito, cinco grupos de casos, que enumera como sendo: *a agressão não culpável ou com culpabilidade substancialmente diminuída, a agressão provocada antijuridicamente pelo agredido, a agressão irrelevante, as agressões situadas dentro de relações de garantia* e as *agressões mediante ameaças constitutivas de chantagem*.[123]

Nesses casos, várias atitudes prévias são exigíveis antes que o indivíduo passe à atitude agressiva de legítima defesa.

Em extenso e denso trabalho sobre o tema, Jacson Zílio estabeleceu as bases teóricas das restrições ético-sociais ao comportamento defensivo, apontando como opções preferenciais de atuação indicadas para os grupos de casos mencionados a fuga para evitar a agressão, a busca de auxílio, quando possível, infligir a menor quantidade de dano possível ao agressor.[124]

A situação de agressão injusta que permite a atuação em legítima defesa deve manter uma relação de tempo presente para com a atitude legitimada. Isso quer dizer que a agressão sofrida, que permite a atuação em legítima defesa, há de estar acontecendo (atual), ou em vias de acontecer (iminente).

Assim, não se pode repelir licitamente agressões já cessadas, nem se antecipar repelindo as que ainda não aconteceram. Não se encontra em legítima defesa aquele que, após ser agredido, dirige-se à sua residência para armar-se e retorna ao local da agressão para revidar o ataque. Nesse caso, a situação não só não é amparada pela legítima defesa, como ainda constitui vingança, que é postura reprimida pelo direito penal. Tampouco se pode falar em legítima defesa preordenada, como parte da doutrina trata as situações de emprego de *offendicula*.[125]

A questão de definição do conceito de *iminente* é, no entanto, ainda controversa.[126]

De modo geral, se aponta na doutrina a identificação da iminência do ataque traduzida pela mesma fórmula da tentativa, representada por atos de execução, ou seja, é iminente o ataque quando iniciada a execução de um delito (no exemplo de Jakobs, quando o sujeito apanha a arma para disparar),[127] mas também há entendimentos no sentido de que já é iminente a agressão quando realizado ato preparatório que já impeça a evitação posterior, como quer Schmidhäuser,[128] ou ainda, a ideia intermediária entre estas, defendida por Roxin,[129] Frister,[130] e Kühl,[131] de identificar a iminência do ataque com o momento final da fase de preparação.

A ideia de traduzir a iminência do ataque que justifica a intervenção em legítima defesa como o começo da tentativa é explicada por Jakobs[132] com o argumento de que

é necessária muita proximidade com o dano ao bem jurídico para autorizar a provocação de um dano, como ocorre na legítima defesa. Porém, essa postura apresenta o problema de que sua exagerada proximidade com a tentativa pode tornar a legítima defesa ineficaz para evitar o ataque.[133]

Por outro lado, a teoria da fase preparatória justificaria a atuação em legítima defesa, enquanto a agressão estivesse ainda em etapa de atos preparatórios eventualmente muito distantes da consumação. Roxin[134] aventa, por exemplo, a possibilidade de que o ataque só pudesse ser detido com segurança um dia antes de sua realização. Nesse caso, estaria presente a iminência da agressão de um modo absolutamente contraditório, pois se o próprio autor desistisse de levar a cabo a consumação por vontade própria, o fato deveria, logicamente, resultar impune.

A postura de Roxin[135] parece efetivamente mais adequada, já que impede as intervenções demasiadamente prematuras, mas não exige o início da execução.

A ideia é que a *iminência*, a efeito de legítima defesa, seja identificada com o *momento final da preparação*, ou seja, o último ato preparatório que antecede o início da execução. Por exemplo: "a aproximação do agressor brandindo uma arma"[136] já autoriza a atuação em legítima defesa.

Além da questão da iminência da agressão, há que se identificar o bem jurídico afligido potencialmente como sendo próprio ou de terceiro.

O direito a ser protegido pela legítima defesa não necessariamente há de ser próprio. Quer dizer, o autor pode atuar em defesa legítima de bem jurídico alheio, hipótese que se denomina legítima defesa de terceiro, em contraposição à legítima defesa própria, quando o bem jurídico atacado pela agressão injusta pertence ao próprio sujeito que atua em legítima defesa.

Claro está que quando a defesa é de bem jurídico alheio, é necessário ter em conta a questão da disponibilidade. Em sendo hipótese de agressão injusta a bem jurídico alheio disponível, poderá o ofendido consentir com a agressão, o que desautoriza o terceiro a atuar em sua defesa. Assim, a atuação em defesa de bem jurídico alheio disponível dependerá sempre da concordância do titular dos direitos.[137] Em sentido oposto, é possível a atuação em legítima defesa de terceiro em

casos de ataques a bens jurídicos indisponíveis, ainda que, ao cabo da atuação, se verifique que o ofendido não desejava a intervenção em sua defesa.

No que tange aos bens jurídicos *coletivos*, restringe-se a possibilidade de atuação em legítima defesa. Nesses casos, a doutrina majoritariamente tende a negar possibilidade de legítima defesa em bens jurídicos pertencentes à coletividade, mas admiti-la para bens jurídicos pertencentes ao Estado.[138]

Roxin,[139] citando uma decisão do Supremo Tribunal Federal Alemão, defende que não se concede ao cidadão a faculdade de tutela dos bens jurídicos pertencentes à coletividade, cuja garantia é dever do Estado. Para um verdadeiro Estado de direito, o dever de proteção e garantia da ordem pública é indeclinável em favor de instâncias particulares.

No que se refere aos bens jurídicos vitais pertencentes ao Estado, Roxin enxerga uma possibilidade de atuação do particular, sob a forma de legítima defesa de terceiro, porque entende não ser possível distinguir o Estado de outro terceiro indivíduo, porque “não se pode admitir que o legislador queira conceder à existência do Estado uma proteção menor do que a preservação de outros bens jurídicos”.[140]

Na verdade, a posição doutrinária majoritária, neste aspecto, resulta insustentável frente a alguns posicionamentos já antes firmados no curso deste livro[141]. Em primeiro lugar, consoante já largamente sustentado, dentro de uma visão contemporânea do contrato social, o Estado não é sujeito de direitos, senão simplesmente gestor dos direitos alheios, pelo que, não cabe falar de bens jurídicos “pertencentes ao Estado”. A referência a isso oculta, na verdade, bens jurídicos pertencentes à coletividade, cuja guarda e preservação é entregue em mãos do Estado. Em segundo lugar, quando se trata de bens jurídicos coletivos, eles pertencem à totalidade da coletividade, inclusive àquele que acode em sua defesa, ainda que seja somente em uma parcela condominial.

Sendo assim, o fato é que quem defende legitimamente um bem jurídico coletivo frente a um ataque injusto, defende um bem jurídico que é também seu, pelo que, encontra-se, em princípio, legitimado. Óbvio está, por outro lado, que tal defesa tem que guardar os demais requisitos de proporcionalidade e disponibilidade.

O mesmo ocorre com os bens jurídicos que normalmente se sustenta como "pertencentes" ao Estado, pois, se a composição do Estado visa nada mais do que a gestão dos direitos de interesses de cada um dos indivíduos, ao defender o Estado, o amparo da causa de justificação não é só em favor de terceiro, mas também, necessariamente, do próprio agente.

Assim, por exemplo, seria amparada pela legítima defesa a intervenção de um cidadão contra outro que destrói uma cabine telefônica.

2.2.2.2 A conduta justificada

A conduta justificada pela legítima defesa é identificada através da presença dos seguintes elementos gerais: *uso moderado* de *meios necessários* para a *repulsa da agressão*. Em situações especiais, aquelas em que a legítima defesa se depara com limites ético-sociais, também se inclui um dado normativo, consistente na *permissibilidade da defesa*.[142]

Parte da doutrina de orientação finalista, contudo, aponta no sentido de que a legítima defesa deve conter também elementos subjetivos.[143]

Os meios necessários para repelir a agressão só podem ser identificados contextualmente. Cada situação em concreto determinará se os meios utilizados foram os necessários ou não. Deixa de existir a legítima defesa se os meios empregados são excessivamente vulnerantes, ou seja, se são particularmente mais ofensivos do que o estritamente necessário para prover a defesa. Por exemplo, não atua em legítima defesa quem, para repelir agressão moral verbal, ofensiva de sua honra, utiliza em sua defesa disparos de arma de fogo. O uso de meios desnecessários **à** repulsa da agressão caracteriza o excesso na legítima defesa.

Por outro lado, não somente a qualidade ou capacidade vulnerante dos meios empregados e sua proporcionalidade para com aqueles utilizados para a ofensa devem ser levados em conta, mas também se faz necessária uma análise circunstancial, posto que **é** necessário ter em conta quais os instrumentos disponíveis para o defensor no momento do ataque. Por exemplo, pode-se admitir a legítima defesa de alguém que, enquanto capina, é atacado por seu inimigo, mais forte

fisicamente, com socos e pontapés, e emprega em sua defesa a foice que utilizava no trabalho. Ou seja, é preciso ter em conta de que instrumentos dispunha o atacado, na situação de emergência a que se viu submetido, para constatar se houve ou não o emprego dos meios *necessários*.

Portanto, o equilíbrio entre os meios de ataque e de defesa não é algo preciso, estreitamente delimitado, mas sim um exercício de razoabilidade e aproximação, vinculados ao princípio de proporcionalidade, porém, não submetidos a ele de modo rigoroso.[144]

Em resumo, "meio necessário é aquele que, estando disponível ao agente, é hábil para repelir a agressão injusta".[145]

De todo modo, esses meios necessários hão de aparecer, na hipótese, conjugados com seu emprego moderado. Ou seja, não apenas descaracteriza a legítima defesa o uso de meios desproporcionais ao ataque, como também o uso de meios proporcionais, imoderadamente.

Não se pode falar, no entanto, de uma medida precisa e concreta da necessidade dos meios. O tema deve ser delimitado topicamente, caso a caso. Será moderada a agressão que empregou meios capazes de repelir ou impedir a agressão. Enquanto persista a agressão, seguem sendo moderados os meios empregados para repeli-la, até que cesse. Em sentido contrário, uma vez cessada a agressão, o uso de meios ofensivos é claramente desnecessário, desproporcional, imoderado, gerando responsabilidade justamente por ultrapassar os limites da excludente.

É comum na práxis forense situações em que o réu desborda os limites defensivos de sua atuação e passa a atuar como atacante. Nesse caso, se descaracteriza a legítima defesa.

Os meios necessários para a repulsa da agressão, ademais, devem ser utilizados de modo moderado.

A imoderação na violência empregada traduz-se, invariavelmente, no desbordo dos limites da justificação. Com isso, o uso dos meios violentos de defesa tem limites quantitativos relacionados à moderação. Não basta que se utilize apenas dos meios necessários, mas é necessário também que seu uso seja limitado à realização de uma

atitude de defesa, que há de transparecer pela forma de atuar daquele que busca o pálio da legítima defesa. A ideia reitora da moderação é a proporcionalidade entre o ataque sofrido e a defesa empregada.

Por exemplo, que aquele que, no afã de livrar-se do ataque de um assaltante que lhe aponta uma faca, se vale de socos e pontapés, atua, em princípio, em legítima defesa. Porém, se esse mesmo assaltado, depois de prostrar o atacante e deixá-lo inconsciente, segue golpeando-o, deixa de atuar em legítima defesa, em função da imoderação de sua própria violência.

Nesses casos, resta caracterizado do mesmo modo um excesso na legítima defesa, que gerará responsabilidade penal como se caracterizasse uma conduta independente, com sua própria responsabilidade, dolosa ou imprudente, conforme a orientação subjetiva da atitude atacante, segundo prevê o art. 23, parágrafo único, do Código Penal brasileiro.[146]

a) A particular questão do elemento subjetivo da legítima defesa

A doutrina finalista, em especial, sabidamente ampara a responsabilidade penal na pretensão do autor, ou seja, a atividade dirigida a um fim é a estrutura básica da teoria do delito.

Transportada essa ideia reitora para a conduta de legítima defesa, faz surgir como imprescindível a existência de um elemento subjetivo da legítima defesa: a finalidade defensiva.[147]

Ao contrário do que apregoa esse perfil doutrinário, os limites relacionados à pretensão defensiva do sujeito não constituem um novo elemento subjetivo a ser investigado.

Pretende o finalismo a demonstração de um elemento subjetivo independente dos objetivos na legítima defesa. Ou seja, para o modelo finalista, mesmo que o sujeito tenha atuado em obediência estrita aos limites objetivos e normativos da legítima defesa, caso o elemento subjetivo que amparou sua atuação tenha sido diverso, não se poderá falar em legítima defesa.

Para Stratenwerth, por exemplo, “só está justificado quem atua conhecendo a

situação de legítima defesa e com vontade de defender-se".[148]

Para Bitencourt é a intenção de defesa que tem o condão de "converter em positiva uma conduta objetivamente desvaliosa".[149]

Segundo Juarez Cirino dos Santos,[150] a ausência de elemento subjetivo da legítima defesa se traduz em dolo não justificado de realização do injusto, reduzindo-a à presença de uma situação justificante, sem a correspondente ação justificada. O autor dá o exemplo da mulher que pensando vingar-se do marido que chega de uma orgia noturna, dispara contra quem pensa ser ele, porém, atinge na verdade um ladrão armado que entrava em sua residência. Segundo Juarez Cirino, a hipótese é de existência de uma situação com desvalor de ação, porém sem qualquer desvalor de resultado, que se traduziria em uma tentativa inidônea, impune segundo a legislação brasileira, punível apenas no direito alemão.[151] Ou seja, o autor reconhece aqui a existência de um fato típico e antijurídico, que somente não é punível por tratar-se de uma tentativa inidônea derivada de um erro quanto à pessoa. Contudo, o erro quanto à pessoa, na fórmula contida no art. 20, § 3º, do Código Penal brasileiro,[152] não altera a responsabilidade penal, fazendo com que o autor responda como se tivesse atingido aquele que desejava.

É óbvio que a pretensão defensiva deve ser a orientação da conduta do sujeito, mas essa avaliação não é desvinculada, subjetivamente, daquela relacionada à orientação geral da conduta.

Um dado que resulta inteiramente inexplicável, desde um ponto de vista finalista, é que sejam vários os direcionamentos das condutas a ponto de que seja necessária a investigação de um elemento subjetivo orientador da ação e outro da postura defensiva.

Ora, se a ação é de defesa, há uma única orientação subjetiva que serve de guia a essa atitude.

Fica evidenciado, com isso, mais um acerto em transportar a avaliação relacionada ao dolo e à imprudência para o campo da pretensão de ilicitude. Como juízo subjetivo único, a análise da pretensão de ilicitude tem por foco a globalidade da conduta pretensamente ilícita do sujeito.

A norma justificante ampara o tipo de ação cometido, descriminalizando-o, somente enquanto a atuação é efetivamente defensiva. Esse dado é concreto, delimitado por indicadores objetivos e externos.

A admissibilidade da existência de um elemento subjetivo na legítima defesa conduz imediatamente a outra discussão importante, qual seja, a do seu alcance. Uma vez que se admita a necessidade de demonstração de um aspecto subjetivo na atuação defensiva, passa a ser necessário definir se esse aspecto subjetivo se traduz somente na existência do conhecimento de uma situação justificante, como quer a maioria da doutrina moderna,[153] ou se inclui também o elemento vontade, consistente na pretensão de atuar com o propósito de defesa.[154]

Ademais, surge também o problema da atuação objetivamente coberta pelos elementos da legítima defesa, mas desorientada em relação a ela por consistir em uma atitude imprudente.

O que fazer, por exemplo, se arma de fogo empregada para golpear o atacante que, sem intenção do defensor, dispara naquele? Ou na situação em que um disparo para o alto, em advertência, desafortunadamente atinge o agressor?

Nesses casos, Roxin[155] comenta que a jurisprudência alemã tem admitido a legítima defesa imprudente em casos onde caberia a legítima defesa intencional. Assim, propõe que as hipóteses devam ser solucionadas segundo o critério de verificação de que o sujeito tenha consciência de estar envolvido em uma situação de legítima defesa.[156]

Entretanto, o mesmo Roxin admite a possibilidade de casos em que essa consciência não exista,[157] por exemplo, no caso de que um disparo acidental deflagrado por quem limpa uma arma fira um indivíduo que estava na iminência de atacá-lo.

A doutrina dominante se inclina por entender que em casos assim, a ação imprudente não é justificada, porque lhe falta o elemento subjetivo próprio da legítima defesa. Porém, ressalta que não existe desvalor de resultado, desde um ponto de vista objetivo, apenas desvalor de ação, o que não levaria à punição.[158]

A solução é congruente com a perspectiva finalista de exigir um elemento

subjetivo à justificação.

Contudo, não se pode deixar de observar que a solução põe em evidência justamente a dispensabilidade da exigência do elemento subjetivo da causa de justificação.

Juarez Tavares[159] propõe para as situações uma solução bastante melhor, objetivando a relação da imprudência com a legítima defesa.[160] Sua proposta é de que diante da falta de consciência por parte do agente acerca do emprego dos meios ou da falta de moderação em seu uso, deve ser admitida a legítima defesa sempre que o resultado for, em tese, objetivamente necessário para repelir a agressão. E, para os casos em que se ultrapasse a necessidade objetiva, a situação deve ser resolvida reconhecendo-se o erro em face do uso dos meios.

Dentro de uma proposição significativa, adotada a distribuição dos elementos do delito sugerida por Vives Antón, o componente subjetivo da pretensão de ilicitude da norma é visto como um componente separado da pretensão normativa de ilicitude e estudado em face da complexidade do injusto e não como um elemento isolado em face das eximentes.

É óbvio que a pretensão defensiva deve ser a orientação da conduta do sujeito, mas essa avaliação não é desvinculada, subjetivamente, daquela relacionada à orientação geral da conduta.

Um dado que resulta inteiramente inexplicável, desde um ponto de vista finalista, é que sejam vários os direcionamentos das condutas a ponto de que seja necessária a investigação de um elemento subjetivo orientador da ação e outro da postura defensiva.

Ora, se a ação é de defesa, há uma única orientação subjetiva que serve de guia a essa atitude.

Fica evidenciado, com isso, mais um acerto em transportar a avaliação relacionada ao dolo e à imprudência para o campo da pretensão de ilicitude. Como juízo subjetivo único, a análise da pretensão de ilicitude tem por foco a globalidade da conduta pretensamente ilícita do sujeito.

A norma justificante ampara o tipo de ação cometido, descriminalizando-o,

somente enquanto a atuação é efetivamente defensiva. Esse dado é concreto, delimitado por indicadores objetivos e externos.

2.2.3 Legítima defesa real, putativa, sucessiva e recíproca e outras questões terminológicas

A legítima defesa é instituto largamente explorado na doutrina e é frequente o uso de terminologia específica para referir algumas formas de classificar os casos de ocorrência dessa causa de justificação.

Assim, é comum a referência à legítima defesa *real* ou *própria*, que é aquela onde estão realmente presentes os elementos da situação justificante, para diferenciá-la de legítima defesa *putativa* ou *imprópria*, que é aquela derivada de erro (arts. 20, § 1º, e 21 do Código Penal), onde há uma falsa percepção de situação justificante pelo sujeito, quando, na verdade, tal situação não existe. A situação figura nas hipóteses conhecidas como *descriminantes putativas*.[161]

A chamada *legítima defesa sucessiva* é aquela que ocorre como reação frente a um excesso de legítima defesa. Por exemplo: o agressor é contido pela vítima que o imobiliza, amarrando-o. Em seguida o agredido passa a apertar excessivamente e balançar as cordas para ferir os pulsos do agressor, que reage, a pontapés. A reação do agressor amarrado é uma legítima defesa que aparece em face da injustiça gerada pelo excesso na defesa do sujeito que foi primeiramente agredido.

Finalmente, a *legítima defesa recíproca* é algo que não existe em termos reais. A hipótese seria de buscar o socorro jurídico a ambos os contendores, como por exemplo, no duelo.[162] Ou seja, não é possível a ocorrência simultânea de legítima defesa mútua, pois um dos ataques necessariamente será injusto. As únicas hipóteses de ocorrência de legítimas defesas recíprocas seriam a legítima defesa real frente a uma atitude de legítima defesa putativa e as duas legítimas defesas putativas concomitantes. Isso porque ao menos uma das ações não era de legítima defesa, salvo na falsa percepção do agente.

Finalmente, ainda no campo da especulação terminológica, já se utilizou, para referir ao excesso na legítima defesa, as expressões *excesso intensivo* (para referir-se

ao uso de meios desnecessários) e *excesso extensivo* (para referir-se ao uso imoderado de meios necessários). A distinção constitui uma filigrana absolutamente desnecessária para a discussão da permissão forte, na medida em que não há qualquer efeito jurídico distinto entre as mencionadas figuras. Em todas elas, somente remanesce a possibilidade de discussão a respeito de eventual exculpação, por causa supralegal (permissão fraca), por exemplo, em uma situação em que o excesso seja derivado de pânico, como é o caso das situações que, no direito espanhol, se denomina *medo insuperável*. Perceba-se que não se trata de uma causa *legal* de exculpação, na medida em que expressamente o Código Penal exclui a emoção ou paixão como causa de exculpação (art. 28, inciso I, do Código Penal). Entretanto nada impede reconhecê-la, a depender, como é óbvio, das circunstâncias específicas, de uma situação equivalente às causas de exculpação do art. 22 do mesmo Código Penal, constituindo, por equiparação, permissão fraca supralegal.

Na verdade, também se denomina *excesso extensivo* para referir a situações onde se vê ultrapassado o limite da atualidade da agressão, quer por que ela já cessou, quer porque ainda não se apresentou como iminente. No primeiro caso, é presente o excesso, uma vez que existiu a agressão, no segundo, sequer se pode falar em excesso, eis que nem mesmo a causa de justificação clássica se apresenta.

2.2.4 O agente de segurança em crimes com reféns (parágrafo único do art. 25 d CP)

Após uma intensa polêmica de corte político que produziu ampla repercussão no ambiente midiático, aquilo que se divulgava como uma perigosa ampliação da norma permissiva para a legítima defesa em atuações de agentes públicos terminou sendo um mal menor, consistente em um texto tanto inútil quanto consistente em uma sobreposição.

O advento da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, o chamado pacote anticrime incluiu um parágrafo único no art. 25 do Código penal, com o seguinte texto: *Observados os requisitos previstos no* caput *deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de*

agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

A primeira coisa a apontar é que, ao ser um parágrafo dependente de um *caput*, a referência a que devem ser observados os requisitos do *caput* é uma obviedade absolutamente desnecessária. Porém, é compreensível sua inserção porque, desde a assunção do Presidente Jair Bolsonaro, ele próprio suscitou intensa divulgação midiática em torno de que pretendia uma "ampliação" do instituto da legítima defesa em favor da atuação específica da polícia[163], gerando, com isso, um tremendo mal-estar dentro e fora do governo, exatamente por ser absurdo a criação de um privilégio desta ordem, quase um Direito penal de autor, em sentido permissivo, que encontrou resistência séria já no grupo de trabalho de análise técnica da Câmara dos Deputados[164]. Portanto, embora a referência seja uma redundância, serve para deixar reforçada a ideia de completa inexistência de qualquer privilégio, vale dizer: toda a atuação prevista no parágrafo único depende da presença de uma situação justificante e uma atuação justificada nos exatos termos da exigência geral do paradigma da legítima defesa.

Isso significa dizer que o sujeito referido no parágrafo – agente de segurança pública, que será, de regra, o agente das forças de segurança policiais públicas (delimitadas no art. 144 da CF) – estará submetido às mesmas exigências do que qualquer outra pessoa para atuar em legítima defesa.

Uma segunda redundância que aparece no dispositivo, sob outra roupagem, é a referência à agressão atual ou iminente, que é da essência da legítima defesa, e no parágrafo único aparece referida como *agressão ou risco de agressão*. Naturalmente, submetido o parágrafo ao filtro do *caput*, consoante se exige expressamente, temos que a situação é idêntica à situação do *caput*.

Os únicos dados diferenciadores do parágrafo, portanto, são a situação atual – *durante a prática* - de crime onde figure um refém, e o fato de que se trata de uma atuação do agente público em face de defender a vítima (refém) de uma agressão atual ou iminente.

Trata-se, pois, de uma legítima defesa de terceiro que é um refém, durante a prática do crime que implica tal condição. Só serve, portanto, para uma situação em

que a liberdade de alguém que esteja na condição de refém – seja isso ou não imanente ao tipo penal a que se refere –; que esteja sofrendo qualquer classe de agressão.

É bem verdade que o legislador não definiu de que classe de agressão se trata, se uma agressão moral (*vis compulsiva*) ou uma agressão física (*vis absoluta*), inclusive o próprio direito de liberdade deambulatória, cuja agressão é ínsita à condição de refém, mas estando presente expressamente a regra de proporcionalidade exigida pelo *caput*, o tema resulta irrelevante.

Como se nota, não existe qualquer *extensão* do instituto da legítima defesa derivada do parágrafo, afinal, é óbvio que seja ou não agente de segurança quem atua em legítima defesa de vítima refém, durante a agressão que esta está sofrendo ou na iminência de sofrer, usando moderadamente dos meios necessários para repelir e fazer cessar tal agressão, já estava em legítima defesa antes mesmo da existência do parágrafo inserido na lei.

A questão de que seja uma norma voltada à autoridade pública – fazendo menção específica ao agente público - é absolutamente irrelevante, sequer ingressa na polêmica sobre se é permitido ao agente estatal atuar em legítima defesa, porque simplesmente não se trata de legítima defesa própria. Em momento algum se refere o dispositivo ao ato de defesa do próprio agente público. Trata-se, isso sim, claramente, **da legítima defesa de terceiro**, para o que qualquer pessoa encontra-se já legitimada para o *caput*. Eis aí a completa inutilidade do dispositivo.

Mas, como foi dito, o texto não apenas é inútil, como também é confuso e a confusão reside justamente na mescla de institutos, devido à referência específica do agente público.

Acontece que se ao Estado compete a defesa da segurança dos indivíduos que a ele submetem a proteção de sua liberdade, encontra-se presente, automaticamente, um dever de proteção do Estado frente aos indivíduos. E é justamente por isso que ao agente público que esteja em contato com uma vítima refém que sofre agressão atual ou iminente, brota um imediato dever de proteção, cujo cumprimento estrito lhe compete. Ao ser assim, estar-se-á tratando não de uma situação de legítima defesa de

terceiro, mas do estrito cumprimento de um dever legal de proteção.

Ou seja, a conclusão é que o parágrafo único do art. 25 resulta completamente inútil, porque está compreendido nos limites da norma permissiva do estrito cumprimento do dever legal. É um dever do Estado proteger a liberdade e todos os demais direitos de uma vítima refém durante a prática de um crime.

Não se desconhece a existência de uma polêmica doutrinária acerca do estrito cumprimento do dever, na situação das condutas letais realizadas por agentes públicos, sob o ponto de vista de que seria incabível a hipótese de existir um *dever normativo de matar*[165]. Trata-se, no entanto, de um evidente desvio hermenêutico. Não existe, nem nunca existiu um *dever normativo de matar*. O que existe é um dever normativo de proteger, de exercer a proteção dos cidadãos de modo proporcional e estrito, o que significa dizer, com o mínimo dano possível, já que o próprio atacado – no caso de uma situação de reféns – seria também um cidadão, cuja proteção está a cargo do mesmo Estado. Debelar a agressão e a concomitante proteção das pessoas envolvidas é um dever do agente estatal.

Passa-se a impressão de que as múltiplas versões divulgadas da norma foram levadas deliberadamente a um *bis in idem* inútil, visando precisamente esvaziar uma iniciativa que foi divulgada inicialmente com um perfil nocivo e perigoso de caráter ampliativo, resultando em uma norma meramente explicativa[166] e vazia.

2.3 Estrito cumprimento do dever legal

Sempre que alguém estiver cumprindo, estritamente, um dever imposto pela lei, só poderá estar realizando um comportamento lícito, uma vez que a lei não impõe a ninguém a realização de uma conduta proibida. O cumprimento de um dever originário em lei não pode, obviamente, determinar responsabilidade penal, sob pena de exposição dos jurisdicionados a um paradoxo: a submissão à responsabilidade penal cumprindo ou desafiando a lei.

Assim, aquele que atua sob determinação legal encontra-se amparado contra a incriminação proveniente dessa mesma atitude. Por exemplo: quem, em cumprimento de mandado de prisão, priva terceiro de sua liberdade, não comete crime de cárcere

privado ou de constrangimento ilegal; o Oficial de Justiça que cumpre mandado de busca e apreensão de determinado bem não comete um crime contra o patrimônio; a testemunha que imputa fato ofensivo à reputação de terceiro não pode ser responsabilizada por difamação, posto que obrigada a não faltar com a verdade.

O dever, entretanto, somente pode ter origem em lei e não em outros ditames, sejam de ordem moral ou religiosa.[167] A lei, aqui considerada, é em sentido amplo, incluindo todas as espécies legislativas, como lei, decreto, regulamento, portaria etc. A norma deve ser de caráter geral, gerando obrigações *erga omnes.* Se for de caráter particular, como a ordem emanada de um superior hierárquico, por exemplo, poderá gerar uma permissão fraca (causa de exculpação).[168]

O Código Penal brasileiro menciona o "estrito" cumprimento de um dever. Isso significa que o cumprimento do dever há de estar balizado pelos limites impostos pela lei, de modo estrito, ou seja, de modo vinculado. Deixa de estar sob o amparo dessa causa de justificação aquele que, no cumprimento de um dever, ultrapassa-o. O excesso, capaz de afastar o pálio de exclusão de antijuridicidade, alcança todas as causas de justificação de igual modo, ao contrário do Código Penal de 1940, que reservava a hipótese somente para os casos de legítima defesa.[169] Por exemplo: o policial que, no cumprimento de mandado de prisão, após algemar o detento, o espanca antes de levar à presença do delegado; o Oficial de Justiça que, ao cumprir mandado de busca e apreensão de determinado bem, aproveita para subtrair da residência em que atua outros objetos não abrangidos pela ordem; a testemunha que, obrigada a não faltar com a verdade, imputa fato ofensivo à reputação de terceiro, mas aproveita o ensejo para imputar--lhe também, falsamente, fato definido como crime. Nesses casos, o policial responderá por abuso de autoridade, o Oficial de Justiça por furto ou peculato-furto, dependendo do caso, e a testemunha por calúnia.

A ordem manifestamente ilegal autoriza o indivíduo ao descumprimento do dever, pois o dever deixa de ser *legal*. Em contrapartida, a incerteza sobre o amparo legal ou não da ordem obriga ao cumprimento do dever, sendo que, nesse caso, quem cumpre a ordem não responde pelo resultado injusto praticado. Há previsão legal de exculpação da hipótese no art. 22 do Código Penal brasileiro.[170]

2.3.1 O elemento subjetivo no cumprimento do dever

Os defensores do finalismo, em geral, entendem necessária a presença de elementos subjetivos em todas as causas de justificação, inclusive no estrito cumprimento do dever legal, discutindo apenas o conteúdo desse elemento, se restrito ao conhecimento ou se conta com a adição da vontade.

Essa perspectiva estaria ajustada ao Código Penal brasileiro, já que a opção pela exculpação em casos de obediência a ordem com aparência de legalidade corresponde perfeitamente à solução dada ao erro de proibição, afastando a culpabilidade. Desse modo, a situação em que presente o elemento subjetivo mas não o objetivo da causa de justificação do estrito cumprimento do dever legal faria manter a antijuridicidade, afastando apenas a culpabilidade.

A esse respeito, com vistas a evitar repetições, remete-se o leitor às considerações realizadas neste capítulo a propósito do suposto elemento subjetivo da legítima defesa, amplamente discutido no item a do tópico 2.2.2.2.

2.4 Exercício regular de direito

Do mesmo modo que o cumprimento de um dever, o exercício de um direito não pode ser fonte geradora de responsabilidade penal. Aquele que estiver exercendo regularmente um direito não pode, ao mesmo tempo, estar realizando uma conduta proibida pelo direito, pois, se assim fosse, o ordenamento jurídico seria incoerente.

Há quem[171] restrinja as hipóteses de atuação em exercício regular de direito à atuação *pro magistratu*, em que o particular se substitui ao Estado, porque este não pode realizar uma atuação efetiva no caso concreto, e o *direito de castigo*, que está vinculado às hipóteses de educação de crianças no âmbito da família, resolvendo no campo do *consentimento* questões como os golpes mútuos dos boxeadores, que costumam ser apresentados como hipóteses aqui incluídas. Não parece essa a melhor solução.

Ocorre que essas atividades têm certos limites no que tange ao controle exercido pela vítima para repelir a atuação agressiva, que são carentes de regulamentação jurídica, sob pena de restar inviabilizada a incriminação das situações de faltas

desportivas excessivas ou flagrantes.

Portanto, o particular que realiza uma prisão em flagrante atua na forma que lhe faculta o art. 301 do Código de Processo Penal e não responderá por constrangimento ilegal; o lutador de boxe que soca o adversário não comete o crime de lesões corporais; o pai que castiga o filho com a ordem para que se recolha ao quarto para dormir após o jantar não realiza cárcere privado. Entretanto, o particular que detém o ladrão e, após amarrá-lo, o surra, comete lesões corporais; o boxeador que arranca a orelha do adversário com uma mordida comete lesões corporais; o pai que golpeia com um chicote o filho desobediente comete maus-tratos.

A diferença básica entre o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito encontra-se em que o primeiro é uma obrigação e o segundo, uma faculdade. Ou seja, no estrito cumprimento do dever há uma norma cogente determinando que o sujeito atue. No exercício regular de um direito há uma norma permissiva, dando possibilidade ao sujeito de atuar.

Assim, aqui reside – e não na legítima defesa – a questão dos *offendicula*. O emprego, por exemplo, de cacos de vidro ou grades pontiagudas na parte superior dos muros das casas, em que venha a se ferir eventual pessoa que buscava saltar o muro, não caracteriza legítima defesa preordenada, como querem alguns,[172] mas sim exercício regular de um direito.[173]

Isso é facilmente demonstrável, e não só através da questão cronológica. Claro que é sabido que a legítima defesa demanda um ataque atual ou iminente a bem jurídico próprio ou de outrem, e quando a pessoa instala os *offendicula* não está sob ataque algum. Mas não é só. Uma legítima defesa também demanda agressão, que estaria acontecendo caso quem saltasse o muro fosse um ladrão que pretendia subtrair os bens da residência. Mas também poderia estar saltando o muro o filho do vizinho, em busca da bola que caiu no jardim da casa, ou até mesmo o filho do proprietário, que esqueceu de levar consigo a chave do portão. Nesses casos, também não haverá responsabilidade penal e, no entanto, não se pode falar na existência de qualquer ataque a bem jurídico.

3 PERMISSÕES FRACAS (CAUSAS LEGAIS DE EXCULPAÇÃO E CAUSAS SUPRALEGAIS DE JUSTIFICAÇÃO OU EXCULPAÇÃO)

Ao lado das situações de emergência devidamente regulamentadas de modo genérico pelo Estado, compondo uma lista de exceções à pretensão de ilicitude, existem outras hipóteses em que se pode ver afastada tal pretensão, porém, não com a mesma extensão dada àquela.

Nesses casos, o Estado admite que o particular se valha de desforço próprio para realizar a proteção de seus interesses, ainda que em detrimento da preservação de outros bens jurídicos de terceiros, porém, não pode fazê-lo de tal modo que a atitude do agente seja aprovada pelo ordenamento como uma regra geral, uma pauta de conduta.

Em suma, há situações de tal emergência que se pode admitir o afastamento a responsabilidade, ainda que somente no âmbito penal, bem como que se pode afastar a responsabilidade do autor, ainda que não se distenda tal isenção aos partícipes.

A matéria aqui é tratada como *permissões fracas*. No plano legal – ao menos na fórmula como o tema é regulado no atual Código Penal brasileiro –,[174] reúne grupos de casos em que a situação de emergência está presente por interferência de terceiros, transferindo a estes a responsabilidade penal. De outro lado, devem ser igualmente tratadas as situações em que a lei conflita com aspectos de ordem sociológica (supralegal) determinantes de uma necessidade de alteração da valoração jurídica ainda no plano do injusto.

Às primeiras se denomina classicamente como *causas legais de exculpação* e às segundas, *causas supralegais de justificação* ou ainda *causas supralegais de exculpação*. Em virtude da uniformidade a respeito de seus efeitos jurídicos, ambas são tratadas aqui como *permissões fracas*.

3.1 Causas legais de exculpação. Os limites de exigibilidade de comportamento conforme o direito

Há situações concretas em que o sujeito efetivamente está atuando de modo contrário ao direito, consciente e deliberadamente, mas a situação é de tal modo

excepcional que, conquanto não esteja expressamente autorizada pelo direito como uma regra geral de exclusão da pretensão de ilicitude, igualmente pode gerá-la, de modo excepcional, específico e restrito. Vale dizer: dependendo de uma análise tópica, especificamente quanto ao autor, sem cogitar na exclusão da pretensão de ilicitude dos partícipes e sem afastar a responsabilidade em outros âmbitos de ilicitude.

Diante dessas características, percebe-se que se trata de uma permissão fraca. Porém, diferentemente das causas supralegais de justificação, estas contam com previsão legal.

O fundamento dessa permissão é que o direito não pode exigir do sujeito atos heroicos. O conceito mais presente na doutrina a respeito da exigibilidade de conduta conforme o direito é reconhecê-la como "possibilidade concreta de atuar conforme o direito, de determinar-se de acordo com a compreensão jurídica que se possui".

Assim, somente é possível a atribuição de um juízo de censura a uma pessoa de quem seja exigível que se comporte de forma diversa daquela como agiu. A normalidade das circunstâncias do fato é condição inafastável para a admissibilidade da exigência de atuar conforme o direito. O que impossível de ser evitado somente pode ser atribuído ao mundo físico e não à decisão de uma pessoa, daí a necessidade do afastamento da pretensão de ilicitude.

Efetivamente, trata-se de situações limítrofes, que não podem ser permitidas de modo geral, sob o pálio de uma regra generalizante, mas sim, devem ser analisadas caso a caso, perante a situação concreta, para gerar a permissão ou não.

No esquema aqui desenhado, porém, ao contrário das fórmulas tradicionais, o tema não é discutido no âmbito da exclusão de culpabilidade, que aqui se resume à pretensão de reprovação pessoal, mas ainda na exclusão da pretensão de ilicitude.

A razão é elementar: a juízo de valor que se realiza a respeito da exigibilidade de conduta diversa diz respeito a situação de fato em cotejo com a atitude do agente e não às suas condições pessoais gerais ou específicas de compreensão.

Aliás, este não é o único argumento em favor de que as situações de inexigibilidade sejam tratadas como causas da exclusão da própria ilicitude e não da

culpabilidade. Há também fortes razões normativas e razões relacionadas com os fundamentos das consequências jurídicas do delito, conforme exaustivamente demonstrado na excelente monografia sobre o tema publicada por Mário Sánchez Dafauce.[175]

Como bem refere o autor mencionado, se a situação de inexigibilidade de conduta diversa é tal que sua evitação não é pretendida pelo sistema penal, pouco espaço resta para pretender afirmar sua antinormatividade e, logo, sua antijuridicidade.[176]

Tem total razão no argumento. Sem dúvida, como bem refere "os defensores de um injusto penal exculpado têm que explicar de onde o sistema penal extrai legitimidade para definir como contrária às suas normas uma conduta sobre a qual não pretende, de modo algum, incidir".[177]

Naturalmente, nas situações de inimputabilidade e de erro de proibição, isto resulta facilmente explicável, na medida em que o descumprimento normativo deu-se por força da não compreensão – seja inata ou circunstancial, respectivamente – do seu conteúdo.

Situação muito diferente é a da exculpação diante de situações em que o réu compreende perfeitamente estar infringindo a norma.

3.1.1 Origem e desenvolvimento do tema

O estudo da exigibilidade de outra conduta tem origem na casuística do Tribunal do Império Alemão (*Reichgericht*), mais concretamente no conhecido caso *Leinenfänger*, julgado em 23 de março de 1897.[178] Consta que o dono de uma empresa de coches determinou que seu empregado atrelasse a um de seus coches um cavalo que era conhecido por enroscar-se nas rédeas, dificultando a condução. Uma vez pondo em marcha o coche com o referido cavalo, na via pública, efetivamente o animal arrancou as rédeas das mãos do condutor com o reboque, e disparou fora de controle, sem que o cocheiro conseguisse recuperar as rédeas, provocando o atropelamento e fratura na perna de um ferreiro que passava pela rua. O Tribunal entendeu necessária a absolvição do cocheiro, por conta de que não seria razoável

obrigá-lo a uma conduta diversa da que teve, pois se ele se opusesse às ordens do patrão, seria mandado embora, e não era exigível dele que sacrificasse seu emprego em defesa de possíveis resultados danosos.

A partir dessa concepção, especialmente desenvolvida pelos trabalhos de Reinhard Frank,[179] inseriu-se a exigibilidade de conduta diversa como elemento componente da culpabilidade, ou seja, pretendeu-se que a afirmação da culpa pessoal do sujeito, da responsabilidade individual, dependesse também de condições específicas que permitissem a ele a opção de atuação conforme o direito, as quais, quando ausentes, implicariam em exclusão da exigibilidade de um comportamento jurídico-penalmente aceitável.

O advento do finalismo não afetou o tema, porquanto a quebra do *dolus malus* apenas referia-se à consciência da ilicitude. Tanto é que Welzel[180] e von Weber[181] igualmente preservam, em sua estrutura da culpabilidade, a análise normativa da exigibilidade de conduta diversa.

Tampouco os autores funcionalistas, em qualquer de suas vertentes, afastaram esse juízo de valor do plano da culpabilidade, conforme se deduz das obras de Francisco Muñoz Conde,[182] Claus Roxin,[183] ou mesmo Günther Jakobs.[184]

Convém notar, porém, que as circunstâncias de que trata a situação de exigibilidade ou inexigibilidade dizem respeito ao fato e não ao sujeito. Justamente por isso, não podem representar elementos de uma reprovação pessoal, comportamental, mas sim circunstancial.

A análise axiológica que se faz não diz respeito às opções psíquicas ou pessoais de atuação do sujeito, mas sim das circunstâncias do fato. A reprovação do comportamento decorre do reconhecimento de que qualquer pessoa, no lugar do sujeito, diante das circunstâncias do fato, atuaria conforme o direito e não de analisar especificamente o que o sujeito sabia ou tinha condições de saber.

Assim, o correto parece ser inscrever essa discussão no campo das permissões ou instâncias permissivas normativas para a afirmação ou não da pretensão de ilicitude e não no âmbito da pretensão de reprovação pessoal do sujeito.

3.1.2 Situações de inexigibilidade de conduta conforme o direito no ordenamento positivo brasileiro

O Código Penal brasileiro inscreve no seu art. 22[185] duas situações em que reconhece que, conquanto não haja uma possibilidade de exclusão geral da ilicitude, é possível afastar a responsabilidade do sujeito: a coação moral irresistível e a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico.

A doutrina tradicional trata ambas as hipóteses como causas de exculpação, ou seja, como exclusão de culpabilidade. Pretende-se afirmar que o fato é típico e antijurídico, apenas não incidindo a culpabilidade.

Evidentemente, a situação não é idêntica às regras gerais de afastamento da ilicitude constantes no art. 23, como o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. Entretanto, o que menciona o art. 22 é simplesmente que são situações em que o autor não deve ser punido e não se menciona absolutamente nada a respeito das razões dessa isenção de responsabilidade.

Desse modo, resulta perfeitamente compatível com o direito posto a hermenêutica aqui adotada, porquanto se separam as tradicionais causas de exclusão da antijuridicidade das situações aqui analisadas, porém, essa separação não se dá entre diferentes elementos do delito (antijuridicidade e culpabilidade), mas sim entre graduações diferentes da exclusão normativa da responsabilidade por falta de pretensão de ilicitude, classificando-as entre permissões fortes e permissões fracas ou débeis.

Assim, as hipóteses do art. 22 do Código Penal brasileiro são aqui tratadas como permissões fracas, ou seja, situações que, analisadas caso a caso, podem permitir o afastamento da responsabilidade penal porque a norma não cobra pretensão de ilicitude em face dos agentes.

Sendo assim, essas hipóteses convertem-se em dados meramente exemplificativos, posto que situações de emergência similares a elas podem, por analogia, gerar o afastamento de responsabilidade sob a forma de permissões fracas, se não na fórmula legal aqui tratada, reconhecidas, no que seria a terminologia

tradicional, como causas supralegais de exculpação[186] ou causas supralegais de justificação.

Conforme antes mencionado, são duas as situações em que o Código Penal brasileiro expressamente prevê o afastamento da responsabilidade como permissões fracas.

A primeira delas é a coação moral irresistível. Do mesmo modo que a coação física exclui o tipo de ação, a coação a pretensão de ilicitude, pela via da inexigibilidade de conduta diversa. Quem age sob coação não expressa a sua vontade ao agir, mas sim a vontade do coator. Daí, nada mais razoável que aquele responda pelo resultado da ação.

A coação, no caso, deve ser irresistível, ou seja, deve cuidar-se de uma situação na qual não fosse pertinente exigir que o autor enfrentasse a ameaça. A possibilidade de resistir deve ser aferida objetivamente e não em face de circunstâncias pessoais de alta sensibilidade à intimidação de parte do sujeito. Essa é a razão pela qual a regra deve representar apenas uma permissão débil. É que a análise de possibilidade de resistência à ameaça há de ser caso a caso em critério objetivo. A ameaça, porém, não necessita ser diretamente dirigida ao sujeito, basta que lhe afete de modo tal que impeça sua liberdade de ação.

Por exemplo, no caso do gerente de banco que chega em sua residência e constata que sua família foi rendida por assaltantes e estes ameaçam-nos de morte caso o gerente não volte para a agência e retire o dinheiro do cofre para entregar-lhes. Eles dizem que se ele não retornar no prazo previsto, ou se eles perceberem a aproximação de terceiros ou da polícia, iniciarão os sacrifícios familiares, a começar pela mãe da esposa do ameaçado. Não é razoável que se exija daquele que sofre a coação se porte de acordo com o direito diante de tão grave ameaça. A situação é reveladora de tal ordem de pressão psicológica que não é possível razoavelmente pretender uma obediência estrita do direito por parte do autor.

Cezar Bitencourt[187] sustenta ainda que a ameaça deve ser iminente, no sentido de que quem ameaça tem que estar em condições de cumpri-la imediatamente.

A segunda hipótese legislativamente prevista é a de estrita obediência a ordem

não manifestamente ilegal de superior hierárquico. O Código Penal prevê que aquele que atua criminosamente em cumprimento a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico não pode ser responsabilizado pelo ato que pratique, consistindo em situação de permissão débil, porque a razoabilidade da necessidade de subserviência à ordem, bem assim sua aparência de legalidade, hão de ser aferidas caso a caso. Remanesce, porém, responsabilidade para quem deu a ordem. Abundam os casos. Por exemplo, de prisões ilegais determinadas pelo delegado e cumpridas por agentes policiais que desconhecem o fato de inexistir ordem judicial para a determinação do ato. Nas relações entre funcionários públicos, a obediência hierárquica é princípio de funcionalidade administrativa.

Por exemplo, imagine-se que o Secretário de Segurança Pública se manifeste no sentido de que colocará a polícia para "caçar" quem não devolva a carteira de habilitação suspensa, ameaçando de prisão em flagrante, por crime de desobediência, aqueles que se neguem à entrega à diligência policial. A pretendida prisão resultaria ilegal, pois, sendo o crime de desobediência classificado entre aqueles "de menor potencial ofensivo", deveria gerar encaminhamento para o Juizado Especial Criminal e nunca prisão. Contudo, caso um policial recebesse a ordem do Secretário e realizasse uma prisão, possivelmente julgaria legítima a ordem que é ilegal. Ao fazê-lo, estaria atuando claramente em abuso de autoridade. Esse crime de abuso de autoridade, porém, não seria culpável ao policial, posto que agiu cumprindo ordem com aparência de legalidade.

O Código Penal, porém, prevê um destinatário para responsabilidade: aquele que deu a ordem. Assim, no exemplo em apreço, a responsabilidade por abuso de autoridade recairia sobre o Sr. Secretário de Segurança Pública.

A doutrina tem defendido que as hipóteses de exclusão de responsabilidade penal por obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico restringem-se às relações de subordinação determinadas pelo direito público, reservando-se as hipóteses regidas pelo direito privado para causas supralegais de exclusão de responsabilidade.[188] No modelo aqui adotado, é indiferente. Isso porque, tanto as chamadas causas legais de exculpação (art. 22 do Código Penal), quanto as

causas supralegais de exculpação ou causas supralegais de justificação, são consideradas permissões débeis.

Aqui a atenção deve voltar-se aos vários elementos que compõem a hipótese. Em primeiro lugar, a obediência à ordem deve ser obediência estrita, ou seja, se o agente desborda os limites contidos na ordem, age por sua própria conta e, nesse caso, responde pelo resultado que produzir, sob forma dolosa ou culposa.

A ordem deve ser não manifestamente ilegal, mas relativamente ilegal. Trata-se de uma ordem formalmente ilegal, porém, com aparência convincente de legalidade. Se a ordem é perfeitamente legal, trata-se de uma permissão forte (causa de justificação), já que o agente estará em estrito cumprimento do dever legal. Se a ordem é completamente ilegal ou com flagrante ou claramente perceptível ilegalidade, quem age adere à ilegalidade da ordem, respondendo também pelo resultado.[189]

A ordem deve emanar de superior hierárquico, portanto, deve haver uma relação concreta de subordinação. Deve existir uma relação de poder de ordenar e dever de obediência entre quem ordena e quem cumpre a ordem.

O fundamento da impunidade é a situação vivida pelo sujeito, diante da perplexidade gerada pela ordem com aparência de legalidade, que gera a dúvida humana entre sofrer um mal e causar um mal.

Alguns autores,[190] com acerto, sustentam que a exigibilidade de conduta diversa é um verdadeiro princípio, pelo que não se resume às hipóteses de previsão legal. Onde há circunstâncias anormais, deve-se suspeitar da normalidade da vontade de quem atua. Assim, “quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado ao problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de norma expressa a respeito”.[191]

Em realidade, desde um ponto de vista da admissão da coculpabilidade, é certo que as multidões de excluídos são compelidas a uma situação de opressão tal que sua existência social é submetida a condições completamente adversas e anormais. Nessa situação de anormalidade, não é de se esperar que o sujeito atue normalmente, razão pela qual a atribuição de responsabilidade – leia-se, culpabilidade – não pode ser a

mesma que aquela atribuída a qualquer pessoa que se encontra em condições normais.

Juarez Cirino defende, com razão, que a coculpabilidade aqui se revela como uma "valoração *compensatória* da responsabilidade de indivíduos *inferiorizados* por condições sociais adversas".[192] Assim, "as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do *status* social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade e determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social".[193] Por isso, àquele excluído social o espectro de liberdade de atuação diminui tão sensivelmente que dele torna-se menos exigível que atue conforme o direito, afinal, "em situações sem alternativas, não existe espaço para culpabilidade".[194]

E é justamente esse o elo de conexão entre as situações legais de exculpação com as supralegais de exculpação e justificação que justifica a sua submissão ao conceito unificado de permissões fracas.

3.2 Causas supralegais de justificação e exculpação. Especial referência ao consentimento do ofendido

A par das causas de justificação elencadas no diploma legal, aplicáveis de modo geral a todos os ilícitos, é necessário ter em conta que a exclusão da responsabilidade penal em face de situação justificada também pode ser dar por fatores não associados a normas jurídicas e sim a normas de cultura. Aliás, como bem refere Bitencourt, "a existência de causas justificantes supralegais é uma decorrência natural do caráter fragmentário do Direito penal, que jamais conseguiria catalogar todas as hipóteses em que determinadas condutas poderiam *justificar-se* perante a ordem jurídica".[195] Sendo assim, resulta positivo que a estrutura jurídica incriminadora possa ter certa mobilidade que permita acompanhar a evolução histórica da sociedade, livre dos grilhões que imporia uma concepção inteiramente positivada das normas permissivas.[196]

É bem verdade que a postura aberta à admissibilidade das causas supralegais de justificação não é pacífica. Houve manifesta resistência doutrinária a respeito de sua admissibilidade, sob o argumento de que somente são cabíveis permissões para

prática ilícita onde haja manifesto interesse público, expresso através de manifestação legal.[197] Entretanto, a aceitação de tais hipóteses é hoje francamente majoritária na doutrina.[198]

Do mesmo modo, no campo da inexigibilidade de conduta conforme o direito, a tendência doutrinária é de adotar uma perspectiva aberta, incluindo situações supralegais de exculpação.

Contra os autores que sustentam a limitação da exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa às situações previstas em lei, Assis Toledo[199] invoca a normatividade do conceito, que em oposição à subjetividade garante a supressão de eventuais abusos a que um conceito completamente aberto poderia levar.

3.2.1 Consentimento do ofendido

O direito romano já determinava que o consentimento do ofendido seria apto a excluir o crime nos casos de *iniuria*, que representava a lesão jurídica intencional da integridade física, da situação jurídica ou da honra. Porém, o consentimento não teria validade para excluir, por exemplo, o homicídio que, escapando ao conceito de *iniuria*, configuraria um crime contra o Estado.[200]

A limitação da eficácia de tal consentimento em situações de bens inalienáveis como a vida só surgiu com Feuerbach.[201]

Modernamente, o consentimento do ofendido é questão controversa. Não só quanto ao seu alcance e aos seus limites, mas também quanto ao modo pelo qual resta excluída a responsabilidade penal em hipóteses a ele vinculadas.

Essa divisão se dá justamente a partir da discussão a respeito de se o consentimento da vítima exclui a tipicidade ou a antijuridicidade.[202]

Em primeiro lugar, cumpre observar que o consentimento pode ser real ou presumido, sendo que este último conta com o consenso doutrinário a respeito de que sua ocorrência traduz-se em causa de justificação.[203]

Em contrapartida, quanto ao consentimento real, há divisão doutrinária que parte da distinção entre o consentimento real derivado de *concordância* como excludente do tipo e o consentimento real sob forma de *consentimento*, como excludente da

ilicitude.[204] No primeiro caso, a ação típica é dirigida justamente à supressão da vontade da vítima, como no constrangimento ilegal, por exemplo. Assim, a anuência ou concordância da vítima esvazia completamente o injusto típico já desde sua própria figura normativa, redundando em ausência completa de prejuízo para quem consente. Na segunda hipótese, o consentimento a contraposição à vontade da vítima não compõe o conteúdo da figura típica, razão pela qual, mesmo diante do seu consentimento, remanesce um prejuízo para quem consente.

No Brasil, Cláudio Brandão leciona que quando o dissenso da vítima é essencial à configuração do tipo, como no caso do estupro, o consentimento válido exclui a tipicidade, quando o dissenso da vítima não faz parte dos elementos do tipo, poderá excluir a antijuridicidade ou ilicitude, desde que se trate de consentimento válido.[205]

De modo semelhante, Bitencourt refere que em muitas figuras delituosas "a ausência de consentimento faz parte da estrutura típica como uma característica negativa do tipo",[206] como ocorre na violação de correspondência (art. 151 do Código Penal brasileiro) ou violação de domicílio (art. 150 do Código Penal brasileiro), por exemplo. Em outros tantos casos, o consentimento é elemento do próprio crime, como o aborto consentido (art. 126 do Código Penal brasileiro). Em qualquer desses dois casos, o autor entende que o consentimento exclui a tipicidade. Fora dessas hipóteses, entende que o consentimento justificante poderá existir, decorrente da "vontade juridicamente válida do titular de um bem jurídico disponível".[207]

Uma boa parte da doutrina mais respeitada trabalha o tema do consentimento no âmbito da chamada teoria da imputação objetiva.[208] Segundo essa perspectiva, o consentimento da vítima é visto como forma de exclusão do tipo, já que representaria o exercício de uma faculdade do titular do bem jurídico.

Em favor dessa perspectiva, no Brasil, Juarez Cirino dos Santos[209] acrescenta outros fundamentos. O consentimento, como renúncia a bens jurídicos disponíveis, esvaziaria o desvalor do resultado, anulando a tipicidade sob esse aspecto; o consentimento anularia o conflito de interesses entre agressor e agredido, desvinculando-se do espaço próprio de ponderação de interesses da justificação[210] e,

ainda, entende inexistir diferença semântica entre consentimento e concordância.

Não obstante sejam respeitáveis os argumentos em favor desse ponto de vista, parece mais adequada, como regra geral, a discussão sobre o consentimento no plano das causas supralegais de justificação. Nesse particular, esta obra segue o posicionamento de Muñoz Conde,[211] no sentido de que é no plano da justificação, e fora do âmbito das causas legalmente previstas, que deve ser trabalhado o tema do consentimento.

Parecem existir algumas razões bastante fortes para a adoção desse ponto de vista.

Essas razões coincidem com os limites à autonomia da vontade. O tema da autonomia da vontade – filho direto do liberalismo – vem ganhando força na doutrina especialmente como sucedâneo da teoria do bem jurídico.[212] Com efeito, os grupos de casos destacados por Roxin de autocolocação em perigo e de heterocolocação em perigo consentida partem da ideia de autonomia da vontade, conjugando-se com a disponibilidade do bem jurídico, para afirmar que tais situações encontram-se fora do alcance do tipo.

Acontece que essa perspectiva não pode ser assumida como regra geral. Em primeiro lugar, porque se deve filtrar os bens jurídicos entre os disponíveis e os indisponíveis, sendo que para os últimos – onde se insere uma vasta gama de incriminações das legislações mais recentes, que tratam de bens jurídicos coletivos ou difusos – não cabe a aplicação da regra.

Ademais, mesmo quanto a bens jurídicos que, em princípio, parecem possuir tão somente uma dimensão absolutamente individual, a regra encontra óbices conforme os costumes de cada povo. Que sirva de exemplo a tratativa dada pela matriz ibérico-católica própria do Direito penal brasileiro em contraposição à matriz germânico-protestante do Direito alemão em face do bem jurídico vida. A incriminação da participação no suicídio no Código Penal brasileiro é uma opção político-criminal pelo reconhecimento de uma dimensão do bem jurídico vida que transcende o âmbito individual e, por conseguinte, o âmbito de disponibilidade.

Mas ainda há mais. Imagine-se, por exemplo, o caso do delito de redução à

condição análoga à de escravo. Seria correto que um ordenamento jurídico admitisse como atípica essa figura, violadora do postulado essencial da liberdade, desde que houvesse consentimento?

São essas questões que impõem limites sérios à questão do consentimento e que recomendam fortemente duas coisas: em primeiro lugar, que o tema seja abordado de modo tópico e não genérico, analisando-se caso a caso; em segundo lugar, que se estabeleça, de entrada, filtros hermenêuticos que permitam excluir de plano sua validade para fins de afastamento da pretensão de ilicitude em determinados grupos de casos.

Assim, segundo Muñoz Conde,[213] para que o consentimento possa atuar como causa de justificação, é preciso que concorram, simultaneamente, os seguintes requisitos: o bem jurídico ser disponível, assim reconhecido pelo ordenamento jurídico; a capacidade para consentir de parte da vítima; a ausência de vícios do consentimento (erro, simulação, coação ou fraude); e que o consentimento seja dado antes da realização da ofensa e seja reconhecido como tal pelo autor da agressão.[214]

Presentes todos esses requisitos, será possível discutir, topicamente, a exclusão da pretensão se ilicitude pela presença de uma permissão fraca.

Enfim, como regra, parece que o consentimento deve operar como justificação supralegal e não exclusão da pretensão de relevância. O contrário ocorrerá, entretanto, caso na hipótese concreta o consentimento seja previsto expressamente na composição descritiva do tipo ou resultar incompatível com o consentimento, ocasião em que figurará na pretensão conceitual de relevância,[215] excluindo a tipicidade desde um ponto de vista formal. Isso ocorre, por exemplo, no crime de aborto consentido,[216] onde a anuência da mãe é elementar do tipo e também na violação de domicílio,[217] onde a contrariedade à vontade da vítima é elemento do tipo e também no crime de estupro,[218] onde a anuência se revela incompossível com o núcleo do tipo "constranger".

3.2.1.1 Da validade jurídico-penal do consentimento

Nesse âmbito, importa destacar a necessária diferença entre os bens jurídicos

disponíveis, como o patrimônio ou a honra, cujo consentimento exclui materialmente a responsabilidade por falta de antijuridicidade, e outros indisponíveis, a respeito dos quais o consentimento não gera qualquer efeito. Em geral, estes últimos estão relacionados a situações de vitimização difusa e bens jurídicos coletivos,[219] como o caso da administração pública ou o ambiente. Outros tantos, porém, podem ser individuais, situação em que há clara distinção de tratamento entre os diversos ordenamentos jurídicos.

Tomemos como exemplo o bem jurídico vida. A vida é um bem jurídico do qual o sujeito submetido à legislação brasileira não pode livremente dispor. Basta, para a demonstração disso, a incriminação das hipóteses de ortotanásia sob a forma de homicídio privilegiado[220] e de auxílio, instigação e induzimento ao suicídio, ainda que este não se consume.[221]

Além disso, o consentimento está relacionado à capacidade de consentir. O consentimento há de derivar de sujeito capaz. Aquele que não é civilmente capaz de consentir não gerará consentimento juridicamente válido e, portanto, não gerará exclusão da responsabilidade penal por falta de antijuridicidade material.

É discutível, ainda, que um incapaz possa ser representado no assentimento quanto aos seus bens jurídicos disponíveis – integridade física, por exemplo – por seus responsáveis. É o caso, por exemplo, do consentimento dos pais, e inclusive sua contribuição como cúmplices, no ato de furar a orelha dos bebês meninas para colocar-lhes brincos.

Parece mais lógico rechaçar a possibilidade do consentimento dos responsáveis e negar a pretensão de ilicitude do caso dos brincos ao amparo dos costumes sociais e não do consentimento, já que ambos podem ser causas supralegais de justificação e o segundo, admitido, pode gerar efeitos deletérios em outros campos.

Assim, temos que a doutrina em geral tem buscado estabelecer alguns requisitos gerais a serem exigidos do consentimento, para que este se preste à exclusão da responsabilidade penal.

Em terceiro lugar, vem a questão da ausência de vícios de vontade.

Com efeito, o consentimento há de ser esclarecido, consciente e representativo

de uma decisão permissiva, do contrário, ele não traduzirá uma permissão. Por exemplo: o consentimento derivado de *coação* não é consentimento. Ele se converte em uma hipótese de exculpação legal se for irresistível, gerando responsabilidade para o coator e, caso seja resistível, apenas macula o consentimento.

O consentimento derivado de erro, simulação ou fraude, afasta, por sua vez, outro elemento essencial do consentimento, que é o conhecimento a respeito da circunstância com a qual se anui. Evidentemente, aquele que tem uma visão distorcida dos fatos não oferece seu consentimento de modo livre.

Em quarto lugar, o consentimento deve ser anterior ao fato, sendo irrelevante juridicamente, por exemplo, que a vítima presenteie o ladrão com o objeto adredemente furtado por este.[222] A razão é de ordem lógica. Não se pode consentir com algo que já foi realizado, simplesmente anuir. O consentimento presume uma tomada de decisão prévia ao fato. É que, estando o fato consumado, muitas vezes, a pretensão de resistência se esvai, deixando de ser uma opção livre e passando a ser uma opção forçada pelas circunstâncias.

Finalmente, aquele que é beneficiado pelo consentimento alheio e, consequentemente, pela exclusão da pretensão da ilicitude deve ter atuado conscientemente de que se lhe oferecia o consentimento. É óbvio que o consentimento desconhecido pressupõe um ataque não autorizado.

A valoração desse dado, porém, é de ordem axiológica, através de indicadores objetivos externos, na mesma linha de avaliação dos dados subjetivos.

3.2.2 Outras causas supralegais de justificação e/ou exculpação

Quando derivadas de hábitos ou costumes sociais, as permissões débeis refletem concessões relacionadas a uma situação específica de tal emergência que possam ser comparadas às permissões, quando não, a situações em que o consenso social de um local e época determinados simplesmente abrem mão da afirmação de ilicitude. Exemplo do primeiro caso é a atuação em estado de pânico gerado por circunstâncias alheias à vontade que em alguma legislação, como a espanhola, já foi expressamente reconhecida como circunstância de exclusão de culpabilidade.[223]

Exemplo do segundo caso, no qual a *praxis* social estabeleceu uma permissão, é a lesão corporal praticada para a colocação de brincos, *piercings* e outros adereços como tatuagens, *brandings, scarings* e similares.

Claro que, por vezes, está associado o consentimento que, no entanto, somente terá efeitos em relação a bens jurídicos disponíveis, sendo que a anuência, por vezes, resulta proveniente de incapazes. Dessa forma, é forçoso reconhecer que o único critério capaz de absorver todas as hipóteses aventadas no exemplo é o reconhecimento de que o costume social pode afastar a responsabilidade concedendo permissão para o caso concreto.

Por essa razão, por exemplo, os castigos não previstos em regulamento escolar aplicados com moderação por professores aos alunos, o tratamento médico dos filhos pelos pais, o consentimento expresso do ofendido quanto a danos em bens disponíveis são exemplos de situações que não são sujeitas à responsabilização criminal.

Bitencourt[224] refere como situação em que é especialmente aplicável a exclusão supralegal de culpabilidade a chamada *colisão de deveres*, onde coincidem hipóteses de violação jurídica, mutuamente excludentes,[225] ou seja, onde a obediência ao direito, por um lado, obriga à violação do direito, por outro. Por exemplo, o pai, que se vê diante da opção entre o socorro emergencial de somente um dos filhos ou o médico, que à míngua de recursos, deve optar sobre qual paciente submeterá a cirurgia que lhe salvaria a vida. O autor propõe, na esteira de Jescheck,[226] que qualquer opção que faça o autor estará coberta, ao menos, por hipótese de inexigibilidade de conduta diversa. Em sentido oposto, a doutrina majoritária propõe que os casos *conflito de deveres* devam ser reconhecidos como hipóteses de justificação.[227]

A discussão se esvazia no sistema aqui adotado, uma vez que quer seja causa de exculpação ou justificação, será sempre supralegal e, por conseguinte, aqui tratada como permissão fraca.

Nesse quadro, convém recordar que, conforme referido quando tratado neste capítulo sobre o *estado de necessidade*, outra forma de causa supralegal de justificação é o chamado *estado de necessidade exculpante.*

O Código Penal brasileiro adotou a teoria unitária a respeito do estado de necessidade, reconhecendo-o apenas como causa de justificação, diante da presença de situação em que, para salvar bem jurídico cujo sacrifício, nas circunstâncias dadas, não era razoável exigir-se, se sacrifica bem jurídico alheio.

Ao contrário, o direito alemão admite duas formas de estado de necessidade, uma reservada para hipóteses em que o bem jurídico protegido é mais importante do que o sacrificado, como causa de justificação, e outra, onde o bem jurídico sacrificado é de valor equivalente ou superior àquele que é protegido, onde é possível o reconhecimento de exculpação por estado de necessidade.

A concessão máxima que nosso legislador fez foi admitir, na hipótese, uma redução de pena na forma do art. 24, § 2º, do Código Penal.[228]

Um bom exemplo seria o caso do guia de alpinismo que deixa de salvar a vida de dez pessoas que está conduzindo para salvar seu filho, que também está em perigo. Obviamente, o bem jurídico dez vidas é superior a uma vida, porém, não é razoável exigir-se de um pai que permita que o filho pereça.[229]

Daí que a mera redução de pena prevista pelo Código resulta insuficiente, sendo de todo recomendável a adoção do estado de necessidade exculpante como causa supralegal de exculpação,[230] nesse modelo, como permissão fraca.

Finalmente, cabe referir que eventuais situações de pânico em circunstâncias extremas – equivalentes ao que no Direito Penal espanhol se denomina *miedo insuperable* –, podem levar à exculpação na condição de permissões fracas ou causas supralegais de exculpação. Trata-se de situação de pânico que pode advir de uma agressão sofrida ou de qualquer situação de perigo experimentada que permita reconhecer, pelas circunstâncias, uma situação equivalente à da coação moral irresistível, esta sim, coberta pela previsão legal (art. 22 do Código Penal).

4 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A JUSTIFICAÇÃO PROCEDIMENTAL

A chamada lei de ajuda à família e da gravidez, de 27 de julho de 1992, na Alemanha, inaugurou uma tendência absolutamente inovadora em termos de exclusão da pretensão de antijuridicidade ou ilicitude.[231]

A lei previa que, presentes determinadas condições, o aborto não seria considerado antijurídico. Essas condições incluíam: o assessoramento da grávida em uma situação de necessidade e conflito ocorrida pelo menos três dias antes da intervenção, comprovação do assessoramento mediante um certificado a ser apresentado para o médico, que o aborto fosse realizado por médico, que fosse realizado em obediência à manifestação de vontade da grávida e dentro de um prazo de 12 semanas desde a concepção.[232]

Como se nota, se a grávida passasse, em um prazo determinado, por determinadas classes de assessoramento, esclarecimento sobre sua particular condição, poderia, guardadas as questões relacionadas aos prazos, realizar o aborto com auxílio médico.

Trata-se de uma medida ao mesmo tempo despenalizadora e protetora do bem jurídico.

É mais do que evidente que boa parte dos abortos ocorrem por absoluto desespero e falta de esclarecimento sobre as questões biológicas, clínicas e de assistência social que cercam o processo de gestação. Ao estabelecer um procedimento de esclarecimento de tais questões para a mulher grávida, o legislador alemão, a um só tempo, atacou dois problemas: a cifra negra de criminalidade e a melhor proteção do bem jurídico.

Note-se que a mulher que está decidida à prática abortiva é exatamente aquela que vai buscar o assessoramento, pois se ela está decidida a levar a gravidez a cabo, dele não necessita.

Uma porcentagem considerável dessas mulheres, uma vez percebendo as implicações sociológicas, biológicas e clínicas do aborto, pode mudar de ideia e adotar a postura inversa, optando por continuar a gestação.

De outro lado, mesmo aquelas que, após o procedimento, insistirem em abortar, o farão com segurança, com atendimento médico adequado, reduzindo as chances de tornarem-se estéreis ou morrerem no procedimento.

Finalmente, não há mais necessidade alguma de recorrer à clandestinidade e seus riscos, permitindo que venham à tona os casos possíveis de aborto, reduzindo

consideravelmente a cifra negra de criminalidade que acompanha sempre esse tipo de delito.

O resultado natural dessa conjunção é uma redução dos resultados concretos de aborto, favorecendo à preservação da vida.

Justamente tendo isso em foco, o legislador uruguaio, em 30 de outubro de 2012, aprovou a Ley de interrupción voluntária del embarazo, Lei nº 18.987, que estabeleceu fórmulas semelhantes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, ainda que timidamente, parece aproximar-se, pouco a pouco, da postura em questão a partir de recente decisão da sua 1ª turma, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso,[233] a qual afastou a prisão preventiva de acusados da prática de aborto sob o argumento de que "a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher". É bastante difícil estabelecer um marco como o de três meses para dizer que há um momento em que os direitos da mulher estão violados e outros não. A posição parece querer fixar padrões sobre um aparente paradoxo sorites. De qualquer modo, o fato de reconhecer que a imposição de sanção penal pode afetar o princípio da proporcionalidade em função da restrição da autonomia da mulher, o seu direito à integridade física e psíquica, liberdade sexual e reprodutiva efetivamente reclama um tratamento adequado desde o ponto de vista da igualdade de gênero, tal como reconhece o julgado em questão. Parece que ainda há muito espaço a percorrer para alcançar uma posição racional sobre o tema, mas conforta saber que a Suprema Corte tem em conta alguns dos aspectos fundamentais sobre o tema.

Essa é uma tendência moderna, que aproxima a realidade procedimental do sistema de imputação, com muitos ganhos, e que não tem por que restringir-se ao âmbito do aborto.

Ademais, se é possível afastar a ilicitude de determinadas condutas ofensivas do bem jurídico vida a partir de um procedimento que promova ganhos em relação ao bem jurídico, existem grandes possibilidades de que um desenvolvimento dessa natureza em outras áreas onde a regulamentação com discurso punitivista mostrou-se fracassada leve a uma melhoria da condição do bem jurídico. Nesse sentido, um

campo em que claramente poderia ser uma senda de enormes vantagens práticas derivadas da adoção da justificação procedimental seria o campo do uso de drogas.

---

1 Por exemplo: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal* ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 163.

2 Confira-se em Tomás S. Vives Antón. *Fundamentos del Derecho penal.* Valencia Tirant lo Blanch, 1996. p. 485.

3 JHERING, Rudolph von. Das Schuldmoment im römanischen Privatrecht. *Festsch für Johann Michael Franz Birnbaum zur Feier seines fünfzigjähr Professorenjubiläums am 24*. Gießen, 1867. p. 4.

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral.* 13. ed. S Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 294.

5 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 200 p. 171.

6 Segundo Juarez Cirino, "Juridicidade e antijuridicidade são os conceitos mais ger do ordenamento jurídico, porque indicam conformidade e contradição ao direito, respectivamente". SANTOS, Juarez Cirino dos.*Direito penal. Parte Geral.* 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris: 2008. p. 225.

7 Nesse sentido: LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito penal. Parte Ge* São Paulo: Saraiva, 1985. p. 112.

8 Ver em Adolf Merkel. *Derecho penal. Parte General.* Trad. de Pedro Dorado Montero, Montevideo- Buenos Aires: BdeF, 2004.

9 Ver em Ernst Von Beling. *La doctrina del delito-tipo.* Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

10 O comentário é de Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal*... cit., p. 226.

11 ROXIN, Claus. *Derecho penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de l teoría del delito.* 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p 557-558.

12 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 227.

13 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 171.

14 BATTAGLINI, Guilio. *Diritto Penale*: parte generale. Padova: CEDAM, 1949. p 162.

15 PETROCELLI, Biagio. *L'antigiuridicità*. Padova: CEDAM, 1947. p. 14.

16 ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución las teorías generales del delito y de la pena.* Trad. de Gerónimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2001. p. 491 ss.

17 ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho penal. Parte General.* Trad. de Jua del Rosal e Angel Torío López. Buenos Aires: U.T.E.H.A., 1960. p. 142.

18 ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho penal*... cit., p. 147.

19 ROCCO, Arturo. *El objeto del delito*... cit., p. 491.

20 ROCCO, Arturo. *El objeto del delito*... cit., p. 493.

21 LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos*... cit., p. 113.

22 Nesse sentido a interpretação de Cláudio Brandão. A importância da conceituaçã da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*, nº 133, ano 34, Brasília, jan./mar. 1997, p. 29.

23 Veja-se para um resumo de tais opiniões Cláudio Brandão. A importância da conceituação... cit. O artigo dá a entender que o autor do artigo subscreve tal opinião. Porém, em escrito mais recente, este reconhece que a importância da culpabilidade na teoria do delito atual, impede que se dê tal primazia à categoria da antijuridicidade em face das demais. Confira-se em Cláudio Brandão. *Curso*... cit., p. 173-174.

24 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 174.

25 Mezger referia que "as características 'ação', 'antijuridicidade' e 'culpabilidade se concebem aqui, antes de tudo, como determinadas situações de fato sobre as quais recai o julgamento do Juiz e que, portanto, constituem pressupostos indispensáveis de tal julgamento para a imposição de uma pena". MEZGER Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. t. I, p. 163-164.

26 MEZGER, Edmund. *Tratado*... cit., p. 279.

27 WELZEL, Hans.*Derecho penal alemán.* 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 96.

28 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 60.

29 MAURACH, Reinhard. *Tratado de Derecho Penal.* Trad. de Juan Córdoba Roda Barcelona: Ariel, 1962. v. I, p. 347.

30 BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal.* 2. ed. Trad. de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. I, p. 364.

31 BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*... cit., v. I, p. 364.

32 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 19 t. I, p. 341 ss.

33 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Foren 1955. v. I, t. 2º, p. 6 ss.

34 Veja-se, por exemplo: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 344; FERRÉ OLIVI Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRIT Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 374; GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Parte Geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 344.

35 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*... cit., 2. ed., t. I, p. 341.

36 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*... cit., v. I, t. 2º, p. 7.

37 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*... cit., v. I, t. 2º, p. 7.

38 BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 177.

39 "Se o direito tem como missão principal o amparo dos interesses da vida humana direito penal tem como missão peculiar a defesa mais enérgica dos interesses especialmente dignos e necessitados de proteção, por meio da ameaça e execução da pena, considerada como um mal contra o delinquente." LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal.* 4. ed. Trad. de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1999. t. II, p. 9.

40 O comentário é de Cláudio Brandão: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 179.

41 BELING, Ernst von. *La doctrina del delito tipo*.... cit., p. 46-47.

42 MEZGER, Edmund. *Tratado*... cit., p. 363.

43 MEZGER, Edmund. *Tratado*... cit., p. 364.

44 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 61.

45 Note-se que o próprio Welzel admite que "a adequação social é um princípio geral de interpretação, cujo significado não se limita de nenhum modo só ao Direito penal, mas abarca o ordenamento jurídico em geral". WELZEL, Hans *Derecho penal alemán*... cit., p. 69.

46 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 30.

47 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derec. penal. Parte General.* 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 299.

48 Veja-se, a respeito, com detalhes: ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLI CUSSAC, José Luis.*Compendio de Derecho penal. Parte General y Parte Especial.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 163 ss.

49 BITENCOURT, Cezar Roberto.*Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 311.

50 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.*Tratado de Derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1961. t. IV, p. 281-282.

51 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado*... cit., p. 284.

52 Os exemplos são oferecidos por Luiz Jiménez de Asúa em *Tratado*... cit., p. 284.

53 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado*... cit., p. 285-286.

54 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado*... cit., p. 286-287.

55 A informação consta de Luiz Jiménez de Asúa. *Tratado*... cit., p. 276.

56 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado*... cit., p. 287.

57 BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*... cit., v. I, p. 433.

58 BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*... cit., v. I, p. 433.

59 BITENCOURT, Cezar Roberto.*Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 311.

60 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 677.

61 Nesse sentido a preferência de Claus Roxin.*Derecho penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicent Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. t. I, p. 679; nesse aspecto, seguindo a proposição de Jakobs, referida em Jakobs, Günther.*Derecho Penal. Parte*

general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons 1997. p. 500-501.

62 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal... cit.*, p. 249.

63 Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 187.

64 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*... cit., v. I, t. 2º, p. 267-268.

65 O exemplo aparece em Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal*... cit., p. 251.

66 O exemplo é de Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal*... cit., p. 251.

67 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal, Parte geral*. 15. ed. revist atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 190.

68 Também subscrevem esse posicionamento: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 188; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro, ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 250; MESTIÉRI, João. *Manual de Direito penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 149.

69 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal*... cit., p. 190. O exemplo aparece antes em Aníbal Bruno. *Direito Penal. Parte Geral*... cit., 2. ed., t. I, p. 383.

70 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*... cit., 2. ed., t. I, p. 383-384.

71 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*... cit., v. I, t. 2º, p. 265.

72 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios*... cit., p. 186.

73 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 316.

74 TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 264 ss.

75 Afirma Tavares que "se o agente tiver representação acerca do perigo e o desejar atuando com dolo de perigo –, não pode ele socorrer-se do estado de necessidade, se, para salvar-se das chamas, tiver que agredir dolosamente outra pessoa ou aquela mesma contra a qual queria ele produzir o perigo. Se, porém, a agressão levada a cabo contra terceiro ou contra a própria vítima do perigo for culposa – o agente provoca o perigo com dolo de perigo e causa culposamente a morte de outrem ao procurar fugir do perigo – poder-se-á estender o estado de necessidade em seu benefício, pois, como o resultado não se inclui na relação

volitiva, é indiferente que o agente tenha causado o perigo ou que tenha atuado com consciência de subsistir uma situação de estado de necessidade". TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*... cit., p. 366.

76 Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 681.

77 LISZT, Franz von. *Tratado*... cit., p. 337.

78 SCHMIDT, Eberhard. Das Reichgericht und der "übergesetzliche Notstand" *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 49, Berlin: Walter de Gruyter, 1929, p. 350.

79 MEZGER, Edmund. *Tratado*... cit., p. 379-380.

80 Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 674. Roxin propõe um vasto leque de critérios para aferição do interesse preponderante, entre eles a comparação entre as penas cominadas para a aflição aos bens jurídicos postos em conflito, a intensidade da lesão ao bem jurídico, a diferença de valor entre eles, a limitação absoluta da aflição da vida, o grau de perigo enfrentado pelos bens jurídicos postos em ponderação, entre outros. Para detalhes, veja-se: ROXIN, Claus *Derecho penal*... cit., p. 682-712. De modo similar, também Günther Jakobs em *Derecho penal*... cit., p. 504-514.

81 A respeito de um modelo de expressão comunicativa em face da análise da teoria delito, veja-se: VIVES ANTÓN, Tomás S *Fundamentos*... cit.; FLETCHER George Patrick. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press 2000.

82 BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 190.

83 Welzel é expresso a respeito: "as causas de justificação têm elementos objetivos subjetivos. Para a justificação de uma ação típica não basta que se deem os elementos objetivos da justificação, mas o autor deve conhecê-los e ter além disso as tendências subjetivas especiais de justificação. Assim, por exemplo, na legítima defesa ou no estado de necessidade (justificante) o autor deverá conhecer os elementos objetivos da justificação (a agressão atual ou o perigo atual) e ter vontade de defesa ou de salvamento. Se faltar um ou outro, elemento subjetivo de justificação, o autor não está justificado apesar da existência dos elementos objetivos de justificação". WELZEL, Hans *Derecho penal alemán*... cit., p. 100.

84 Wessels assinala que "o fato de atribuir a vontade de realização ao tipo subjetivo

injusto não tem como consequência necessária que o dolo perca, no âmbito da culpabilidade, todo significado; melhor se deve tomar como ponto de partida o critério de que o dolo deve preencher, como forma de conduta e de culpabilidade, uma dupla função no sistema delitivo". WESSELS, Johannes *Derecho penal. Parte General.* Trad. de Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 47.

85 WESSELS, Johannes. *Derecho penal*... cit., p. 89.

86 BITENCOURT, Cezar Roberto.*Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 318.

87 Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 720.

88 No sentido do texto: ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 720.

89 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 721.

90 Importa notar que nem todos os que se dedicaram à construção de um modelo significativo de teoria do delito afastaram considerações de ordem subjetiva do plano da valoração das permissões. É o caso, por exemplo, de Enrique Orts Berenguer e José Luis González Cussac. *Compendio*... cit., p. 183.

91 É bastante ilustrativa a argumentação, nesse sentido, de Gonzalo Quintero Olivare *Parte General del Derecho penal.* 4. ed. Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2010. p. 300-305.

92 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 1 ed., v. 1, p. 318.

93 O exemplo aparece em Cláudio Brandão. *Curso*... cit., p. 189.

94 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, 318.

95 Os dados sobre o surgimento e evolução da teoria diferenciadora são expostos, c mais detalhes, em Claus Roxin. *Derecho penal*... cit., p. 671 ss.

96 *StGB § 34 – Rechtfertigender Notstand – Wer in einer gegenwärtigen, nich anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das*

beeinträchtigte wesentlich überwiegt. *Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.* Tradução livre: "§ 34 do Código Penal – Estado de necessidade justificante – Quem, estando em perigo atual para a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a propriedade ou outro bem jurídico, não podendo, de outro modo, evitá-lo, cometer um ato com o fim de evitar tal perigo, para si ou para outrem, não atua antijuridicamente, se na ponderação dos interesses em conflito, particularmente dos bens jurídicos afetados e do grau de perigo que os ameaça, prevalecerem essencialmente os interesses protegidos sobre os prejudicados. Porém, isto é válido somente quando o ato praticado seja um meio adequado para evitar o perigo."

97 *StGB § 35 Entschuldigender Notstand – (1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte.* Tradução livre: "§ 35 do Código Penal – Estado de necessidade exculpante – (1) Quem, estando em perigo atual para a vida, a integridade física ou a liberdade, inevitável por outro meio, cometa um ato antijurídico com o fim de evitar tal perigo, para ele, para um parente ou para outra pessoa próxima, atua sem culpabilidade. Isto não vale se é exigível ao autor que tolere o perigo, de acordo com as circunstâncias particulares, porque ele mesmo causou o perigo ou porque ele estava envolvido com este através de uma especial relação jurídica. Porém, é possível a diminuição da pena conforme o § 49, inciso l, quando o autor não deveria tolerar o perigo em função de uma especial relação jurídica."

98 Veja-se art. 19, §§ 5º e 6º, do Código Penal espanhol.

99 No seu art. 28 previa o estado de necessidade justificante, e depois, para os excessos dos limites dessa causa justificante, no § 1º do art. 30, hipóteses de exculpação.

100 Nesse sentido, Roxin refere que em casos limítrofes de contraposição de vida contra vida, não são cabíveis pretensões de racionalidade porque muitas vezes o

moribundo é quem reage e quem está saudável fenece antes e mesmo qualquer decisão tomada nesse âmbito sempre representará um recorte arbitrário do direito à vida. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 689-690.

101 A redação do art. 24 do Código Penal brasileiro refere apenas à razoabilidade ou não do sacrifício do bem jurídico, expressando claramente que somente se admite a exclusão da antijuridicidade: “Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.” Há, porém, uma concessão para compensar as hipóteses não alcançadas pela razoabilidade justificante, que é a previsão do § 2º do mesmo art. 24, diminuindo a pena daqueles casos não alcançados pela justificação. “§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.”

102 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 312.

103 Por exemplo: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 186; e SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 257, para quem a admissão de hipótese supralegal de estado de necessidade exculpante seria uma mutilação da hipótese legal do estado de necessidade justificante, em prejuízo do acusado.

104 Principalmente: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 312-313; e ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro. Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 509 ss. Já anteriormente, Fragoso: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal*... cit., p. 189, lembrando o conhecido caso do náufrago que, para salvar-se, retém a única tábua de salvação em detrimento de outro, como exemplo clássico de exculpação e não de justificação que deveria ser alcançada por uma teoria diferenciadora.

105 Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

106 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual*... cit., p. 509

107 Descrito em George Patrick Fletcher. *Lo Justo y lo Razonable*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato. Buenos Aires: Hammurabi, 2005

Especialmente p. 34 ss. O fato é que exculpação e justificação são apresentadas como formas de defesas gerais, no modelo anglo-saxão. Para mais detalhes sobre o tema, veja-se: PIÑA ROQUEFORT, Juan Ignacio*La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del* Common Law. Granada: Comares, 2002. p. 55-61.

108 FLETCHER, George Patrick. *Lo Justo y lo Razonable*... cit., especialmente p. 82 ss.

109 Veja-se, em detalhes, em Tomás S. Vives Antón. *Fundamentos*... cit., especialme p. 483 ss.

110 Note-se que as *defesas gerais* utilizadas no modelo anglo-saxão, quer sejam exculpações ou justificações, afastam o *actus reus* e não o *mens rea*, que equivalem, guardadas as devidas proporções, respectivamente às nossas noções de injusto e culpabilidade. A observação aparece em Juan Ignacio Piña Roquefort. *La estructura*... cit., p. 59.

111 Veja-se, mais à frente, neste tópico, em que consistem as referidas *permissões fracas*.

112 Veja-se, mais à frente, neste tópico, em que consistem as referidas *permissões fracas*.

113 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 608.

114 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado*... cit., p. 25.

115 Não é um acaso, portanto, que o sistema do *Common Law* persista unificando os institutos da legítima defesa e do estado de necessidade sob o título de *in self defense*, ou seja, *em defesa própria.* Obviamente, quem atua para defender a si próprio tanto o faz em face de um perigo determinado circunstancialmente, quanto em face de um perigo derivado de um ataque. No sistema jurídico do *Civil Law* diferenciam-se as duas permissões.

116 BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*... cit., v. I, p. 419.

117 Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 612.

118 Nesse sentido, detalhadamente: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thoma *Tratado de Derecho penal.* Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada Comares, 2002. p. 362-363. No Brasil: MESTIÉRI, João. *Manual*... cit., p. 147.

119 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 1

ed., v. 1, p. 311.

120 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 324; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 237; e BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 192.

121 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 324; e BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 193.

122 Assim, por exemplo: ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 637-638.

123 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 637-655.

124 Veja-se: ZILIO, Jacson. *Legítima Defensa.* Buenos Aires: Didot, 2012. p. 276 ss.

125 Por exemplo: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios*... cit., p. 206; e HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. II, p. 290-291. Este último argumenta que, mesmo que tenha sido preordenada a situação é de legítima defesa porque o aparato irá funcionar no momento em que o ofensor atua. Acontece que quando se fala em legítima defesa, se está tratando de um *atuar* em legítima defesa, e quem *atua* em legítima defesa é quem instala a *offendicula*, e o seu *atuar* não guarda, com o ataque, uma relação temporal de atualidade. Em função disso mesmo a doutrina brasileira é proclive a identificar o caso como de *exercício regular de um direito*. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 15. ed., v. 1, p. 382; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. I., p. 4; e BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 197.

126 Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 618.

127 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 468.

128 Nesse sentido: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1984. p. 152 ss., com o que se convencionou chamar de A teoria da defesa mais eficaz (*Theorie der wirksamsten Abwehr*).

129 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 619-620.

130 FRISTER, Helmut. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 4. ed. München: C. H. Beck, 2009. p. 192.

131 KÜHL, Kristian. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6. ed. München: Franz Vahlen, 20[illegible] p. 126.

132 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 469.

133 Nesse sentido a crítica de Claus Roxin. *Derecho penal*... cit., p. 619.

134 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 619.

135 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 619.

136 O exemplo está em Claus Roxin. *Derecho penal*... cit., p. 620.

137 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, 321. No mesmo sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios*... cit., p. 200.

138 Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 626-628.

139 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 626.

140 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 628. No mesmo sentido: MAURACH Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General I*. Trad. de Jorge Bofill Genszch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 442.

141 Veja-se, a respeito, o capítulo 3.

142 Para detalhes sobre esse juízo normativo e seus pressupostos vinculados aos princípios gerais de Direito penal, veja-se: ZILIO, Jacson. *Legítima Defensa*... cit., p. 207 ss.

143 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 239. Em sentido contrário, admitindo a possibilidade de legítima defesa de bens jurídicos coletivos, veja-se, por todos: MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*... cit., p. 442: "É indiferente quer se trate de bens *individuais* ou *comunitários*, já que se admite expressamente a legítima defesa em favor de terceiros ('ou de outro')". Em posição intermediária, admitindo a defesa de bens jurídicos coletivos somente na medida em que o agente se veja também particularmente afetado, confira-se: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 364-365.

144 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 1 ed., v. 1, p. 322.

145 O conceito é oferecido por Cláudio Brandão. *Curso*... cit., p. 193.

146 Art. 23. [...] Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

147 Assim em Hans Welzel. *Derecho penal alemán*... cit., p. 100.

148 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*. Trad. de Manuel

Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Navarra: Thompson-Civitas (Aranzadi) 2000. p. 205.

149 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 323.

150 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 242.

151 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 242-243.

152 Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.§ 1º – [...]§ 2º – [...]§ 3º – O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

153 Veja-se, por todos: ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 667.

154 Como querem: WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., 1997, p. 103; e JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 353. No Brasil: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 242; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal*... cit., p. 190; MESTIÉRI, João. *Manual*... cit., p. 145; e ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual*... cit., p. 505. De posição intermediária, defendendo que a estrutura há de analisar-se conforme a causa de justificação específica, exigindo, em todo caso, sempre a presença do conhecimento e, apenas em alguns casos, da vontade, veja-se: MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*... cit., p. 432-433.

155 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 1032.

156 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 1032.

157 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 1032-1033.

158 Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 1032-1033. Da mesma opinião: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 280.

159 TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*... cit., p. 362.

160 Essa postura é coerente com a ideia do autor, com a qual é forçoso concordar que nas hipóteses de tipos de ação imprudentes, não é adequada a divisão entre elementos objetivos e subjetivos, porque “a relação volitiva final não interessa à realidade normativa. A relevância da ação resulta, aqui, de puro juízo objetivo

sobre a conduta concretamente realizada e a violação do dever de cuidado, situando-se fora deste juízo a vinculação consciente ou volitiva entre o agente e o objeto de referência". TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*... cit., p. 278.

161 Nesta obra, opta-se por tratar do tema do erro de modo unificado, em capítulo próprio, onde se destina parte dos comentários às descriminantes putativas. Veja-se § 13.

162 O exemplo é de Cezar Roberto Bitencourt e figura em *Tratado de Direito penal*.. cit., 13. ed., v. 1, p. 324.

163 Veja-se notícias em: https://veja.abril.com.br/politica/bolsonaro-diz-que-enviara ao-congresso-medida--para-ampliar-legitima-defesa/. Acessado em 24/02/2020; https://veja.abril.com.br/brasil/bolsonaro--anuncia-pl-para-ampliar-legitima-defesa-contra-invasoes-de-casas/. Acessado em 24/02/2020.

164 Veja-se: https://www.camara.leg.br/noticias/590538-GRUPO-DE-TRABALHO-REJEITA-PROPOSTA--DE-MORO-DE-AMPLIAR-O-EXCLUDENTE-DE-ILICITUDE. Acessado em 24/02/2020.

165 SOUZA, Renee do Ó e LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. "A L 13.964/2019 e as modificações do Código penal", *in Lei Anticrime. Comentários à Lei 13.964/2019*. [Org. – Renee do Ó Souza], Belo Horizonte De Plácido, 2020, p. 13.

166 Nesse sentido, SOUZA, Renee do Ó e LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. " Lei 13.964/2019...cit., p. 12.

167 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, 325.

168 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, 325. No mesmo sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 196.

169 Tratava-se do então art. 21, parágrafo único.

170 "Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem." Há quem defenda, porém, que a hipótese deveria ser de justificação, já que o funcionário público que cumpre a ordem ilegal com aparência de legalidade se expõe à atuação agressiva em legítima defesa de parte da pessoa contra quem se cumpre a ordem. Nesse sentido: JAKOBS

Günther. *Derecho penal*... cit., p. 553; e JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 423.

171 Veja-se, por exemplo: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 268-269 e 273.

172 Por exemplo: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios*... cit., p. 206.

173 No sentido do texto: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*... cit., 2. ed., t. p. 9; BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 197; e BITENCOURT, Ceza Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 328.

174 A ressalva é feita por conta de que o projeto de novo Código Penal brasileiro, nã obstante as vultosas falhas no texto, continha, ao menos, o avanço de permitir, através de uma cláusula de equiparação, uma distensão das causas gerais de exculpação.

175 Trata-se de SÁNCHEZ DAFAUCE, Mário. *Sobre el estado de necesidad existencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

176 Idem, p. 21.

177 Idem, p. 22.

178 A informação aparece em Reinhard Frank. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.* Trad. de Gustavo Eduardo Aboso e Thea Löw. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2004, p. 42-43; e em Berthold Freudenthal. *Culpabilidad y reproche em Derecho penal.* Trad. de José Luiz Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006. p. 80.

179 Veja-se: FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura*... cit., especialmente p. 41.

180 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 210 ss.

181 WEBER, Hellmuth von. Trad. de Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 132 ss.

182 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 386.

183 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 895.

184 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 687.

185 Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

186 Algum autor (SANTOS, Juarez Cirino dos*Direito penal*... cit., p. 338-342) pretende incluir no rol das causas legais de exculpação as hipóteses de excesso na legítima defesa. Isso é impossível de *lege lata*. Não há interpretação que possa ser compatível com essa pretensão. Por outro lado, é perfeitamente possível enquadrar alguns dos casos dali derivados como causas supralegais de exculpação ou permissões fracas, especialmente aqueles que se aproximam do conceito de *miedo insuperable*, da doutrina espanhola.

187 BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 363.

188 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 233.

189 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 1 ed., v. 1, p. 365.

190 Por exemplo: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios*... cit., p. 328; e SANTOS Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 339-341.

191 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios*... cit., p. 328.

192 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 340.

193 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 340-341.

194 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 341.

195 BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 306.

196 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, 307.

197 Nesse sentido: HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*... cit., v. I, t. 2 p. 261-262.

198 Como exemplo, Baumann, quem admite as causas supralegais de justificação sob argumento de que, sendo a antijuridicidade um conceito relativo a todo o ordenamento jurídico e este tendo fontes que transcendem a dimensão positiva, a justificação não pode restringir-se à previsão legal. BAUMANN, Jürger *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema.* Trad. de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1981. p. 170-172. No Brasil, exatamente sob os mesmos fundamentos: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 308.

199 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios*... cit., p. 329.

200 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado*... cit., p. 574. Para detalhes sobre as diferenças entre o *homicidium* como crime de interesse público e as chamadas *iniurias*, veja-se: MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. 2. ed. Trad. de Pedro Dorado Montero. Bogotá: Themis, 1999. p. 389 ss. e p. 484 ss.

201 "Dado que uma pessoa pode renunciar direitos mediante um ato voluntário, a permissão para a realização do fato, concedida pelo lesionado, exclui o conceito de crime: *valenti non fit injuria*. A ação adequada à permissão só deve dirigir-se contra o direito que se acha submetido à possível disposição do lesionado. Do contrário, estando o lesionado privado do direito de livre-arbítrio ou sendo este incapaz para dispor livremente de si mesmo ou do que é seu, a permissão carecerá de eficácia jurídica." FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. *Tratado de Derecho penal.* Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 62.

202 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 271.

203 A referência à unanimidade doutrinária figura em Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal*... cit., p. 271. O autor, mais adiante, na p. 277 da mesma obra, refere expressamente que considera o consentimento presumido "causa supralegal de justificação da ação típica", anuindo, porém, não haver consenso sobre o tema na doutrina, que ora o considera situação entre o consentimento real e o estado de necessidade (ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 765), subespécie do estado de necessidade (ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 111) ou combinação do estado de necessidade, do consentimento real e da gestão de negócios (JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 544). De qualquer modo, todos dão como solução igualmente a exclusão da antijuridicidade.

204 A distinção é detalhadamente apresentada por Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 271; é referida por Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigand. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 399-400.

205 BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 198.

206 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 309.

207 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p.

309.

208 Por exemplo: ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 517. Cumpre referir, porém que a teoria da imputação objetiva, entretanto, sequer merece tal epíteto. Uma teoria geral haveria de dar soluções aplicáveis indistintamente. Isso não se plasma em nenhuma das propostas teóricas mais desenvolvidas sobre o tema. Outrossim, é inegável que o desenvolvimento teórico de trabalhos nessa área trouxe a inclusão da discussão sobre o risco na dimensão axiológica da pretensão de relevância da norma. Contudo, tais critérios axiológicos afirmados dizem respeito aos limites de risco tolerado e à realização desse risco no resultado jurídico, não incluindo, aí, os critérios aventados a respeito do consentimento das vítimas. Veja-se, a respeito, BUSATO, Paulo César. *Fatos e mitos sobre a imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Para um panorama amplo do tema, em defesa de uma perspectiva de exclusão da tipicidade pelo consentimento, até mesmo em face dos chamados bens jurídicos individuais indisponíveis, veja--se a monografia de ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz *El consentimiento en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

209 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 271-272.

210 Sobre a antijuridicidade como espaço de conflito de interesses, veja-se Claus Roxin. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem.* Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973. Há versão em português do Brasil, traduzida por Luís Greco.

211 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 343.

212 A respeito disso, vide o § 8º, sobre a pretensão de ofensividade.

213 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 345.

214 De distinto do que aqui se propõe, a doutrina brasileira apresenta apenas os seguintes requisitos para a validade do consentimento: ter a vítima manifestado livremente sua vontade; ter a vítima compreendido as consequências de sua aquiescência para si mesma; o bem jurídico ofendido esteja na esfera de disponibilidade da vítima; o fato típico realizado corresponda ao que foi previsto como objeto de concessão pelo ofendido. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 309; SANTOS, Juarez Cirino dos *Direito Penal*... cit., p. 275; e BRANDÃO

Cláudio. *Curso*... cit., p. 198.

215 Assim, por exemplo, no art. 150 do Código Penal brasileiro, onde contrariar a vontade da vítima é elemento do tipo, *verbis*: "Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências."

216 Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante.

217 Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontac expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências.

218 Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ter conjunção carnal [...].

219 Nesse sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal*... cit., p. 19 e MESTIÉRI, João. *Manual*... cit., p. 152-153.

220 Art. 121, § 1º, do Código Penal brasileiro. Homicídio por relevante valor moral.

221 Art. 122 do Código Penal brasileiro.

222 O exemplo é de Juarez Cirino dos Santos em *Direito Penal*... cit., p. 276.

223 Trata-se do art. 20, § 6º, que prevê como causa de exculpação que o sujeito atue impulsionado por medo insuperável.

224 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*... cit., 13. ed., v. 1, p. 313-314.

225 Para os defensores da teoria unitária (*v. g*.: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 256-257), essa situação precisamente seria de existência de uma área livre de direito, onde não se pode pretender o reconhecimento de uma ação *injusta*.

226 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 392.

227 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... cit., p. 261-262.

228 Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar d perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º [...]; § 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

229 O exemplo é de Cláudio Brandão. *Curso*... cit., p. 232.

230 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 232.

231 Veja-se, sobre o tema: HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación Material y justificación procedimental en el Derecho penal.* Madrid: Tecnos, 1997.

232 HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación Material*... cit., p. 13-14.

233 Trata-se do HC 124306-RJ, j. 29/11/2016.

Capítulo 10

A PRETENSÃO DE REPROVAÇÃO – CULPABILIDADE

1 INTRODUÇÃO

Além da pretensão de ilicitude, que se refere, naturalmente, à ação perpetrada, a pretensão de validade da norma depende de encontrar-se com um autor capaz de ser reprovável. A reprovação do autor é parte elementar da validade da norma frente à ação realizada. Trata--se de reprovar juridicamente ao autor do fato que, tendo possibilidade de agir conforme ao direito, opta por violá-lo.

Ao afirmar a reprovação da atitude do autor, não apenas se está reconhecendo em sua ação uma daquelas que se deve considerar ilícita, mas também se lhe está tratando como pessoa, como sujeito livre e não como objeto de valorações jurídicas.[1]

Assim, para a afirmação do crime, não basta que o sujeito tenha praticado dolosa ou culposamente um tipo de ação ou omissão, e que esse tipo de ação ou omissão seja ofensivo a um bem jurídico e não esteja, de algum modo, justificado ou permitido. É necessário, ainda, que o sujeito em questão seja passível de reprovação pelo sistema jurídico, coisa que somente ocorrerá se ele reunir características básicas dessa capacidade genérica de sofrer a reprovação, ao que se denomina imputabilidade, e possa, nas condições dadas em que o fato ocorre, perceber a ilicitude de sua ação.[2]

Portanto, a pretensão de reprovação expressa um juízo a respeito do que a doutrina tradicionalmente denomina culpabilidade.

2 CONCEITO DE CULPABILIDADE

Conquanto os conceitos jurídicos se expressem indistintamente em juízos de

valoração, a doutrina majoritária entende haver uma diferença entre a análise do tipo e da antijuridicidade, que vão dirigidos aos fatos, enquanto a culpabilidade comporta um juízo em face do autor dos fatos,[3] convertendo-se em verdadeiro símbolo da responsabilidade penal pessoal.

A expressão *culpabilidade* é evidentemente derivada das palavras *culpa* e *culpado*, que tem óbvia vinculação religiosa. Essa simples observação diz muito a respeito da culpabilidade penal. Não só no que tange à sua origem, mas também a respeito de um ponto de inflexão permanente, que só recentemente dá mostras de alguma superação, qual seja, a referência ao livre-arbítrio. Afinal, o fundamento da culpa religiosa sempre foi a possibilidade de escolha entre o bem e o mal. Do mesmo modo, durante longo tempo, a culpabilidade penal foi trabalhada tendo em vista o objetivo de identificar a existência ou não da possibilidade de o agente atuar de outro modo, qual seja, sem violar o regramento penal.

Naturalmente, analisada em uma perspectiva histórica, a mera existência da culpabilidade penal representou um avanço, bem assim, toda a evolução sofrida pelo conceito. Tanto é que, já durante as primeiras formulações teóricas a respeito da culpabilidade, Von Liszt afirmava que "pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal".[4]

Sem dúvida alguma, o conceito de culpabilidade penal é modernamente o elemento da teoria do delito mais enfocado para debate.

Sua adequada abordagem reclama, pois, um repasse a respeito da evolução desse conceito na dogmática jurídico-penal, claramente atrelada ao desenvolvimento do próprio princípio de culpabilidade.

3 DAS DISTINTAS ACEPÇÕES DO TERMO *CULPABILIDADE*

A mutação permanente sofrida pelo conceito de culpabilidade levou a que a doutrina, e mesmo a legislação, incorporassem em seu discurso distintos usos para o mesmo termo.[5] Assim, temos que em várias passagens do nosso Código Penal se utiliza a expressão *culpabilidade* querendo significar coisas diferentes. Do mesmo modo, a doutrina em geral, repetindo a terminologia, também faz referência a

culpabilidade em variados sentidos.

Resumidamente, se pode dizer que há três sentidos em que mais frequentemente se usa a expressão *culpabilidade em Direito penal*: a culpabilidade como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; a culpabilidade como limite de pena, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; e a culpabilidade como elemento do delito, configurada pelo conjunto de características pessoais do sujeito que conduzem ao reconhecimento da culpabilidade.

É bom que se diga que todas essas acepções surgiram justamente da evolução do conceito de culpabilidade e das funções que, pouco a pouco, esse conceito foi exercendo na estrutura dogmática.

3.1 Culpabilidade como princípio

A culpabilidade como princípio vincula-se às primeiras construções teóricas de sua exigência para a configuração do delito, quando se pretendia afirmar a responsabilidade penal subjetiva através do critério da culpa, ou seja, através da exigência de demonstração de uma contribuição subjetiva individual para o delito como requisito para a atribuição de responsabilidade por resultados desvaliosos. Por outro lado, também se vincula fundamentalmente ao postulado de proporcionalidade, estabelecendo que a relação da culpa pela ação consiste em uma proibição de excesso de reação, ou seja, que a culpa é limite quantitativo da reprovação jurídica.

Trata-se de exigir a concorrência de dolo ou de imprudência para a realização do delito, ou seja, de que não só o fato possa ser atribuído objetivamente ao autor como obra sua, mas também possa sê-lo subjetivamente.

É sempre necessário lembrar que essa concepção é o que leva a diferenciar, por exemplo, o Direito penal do Direito civil. Esse último, em alguns casos, dispensa a análise do aspecto subjetivo da responsabilidade. No Direito penal, a responsabilidade é sempre subjetiva, ou seja, é imprescindível a contribuição pessoal do agente para com o ilícito.

Essa contribuição pessoal significa que o agente decidiu conscientemente em favor da prática do delito.

Mais recentemente, o reconhecimento da influência do meio social nas decisões individuais sobre o comportamento levou ao reconhecimento da chamada coculpabilidade, que se firma, em certa medida, também como princípio,[6] associada à limitação social da liberdade de escolha. Essa proposição afeta não só o limite de pena, compreendido na ideia de proporcionalidade, como também alguns dos componentes específicos da culpabilidade enquanto categoria do delito, em especial a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa[7].

3.2 A culpabilidade como limite da pena

Noutro vértice, evidentemente, os limites da liberdade de agir implicam em proporcional reprovação desse agir. Assim, a culpabilidade representa também o grau de reprovabilidade de cada conduta em face do seu contexto. É uma medida de intensidade, da qual decorre a ideia de proporcionalidade.

O contexto é bastante elementar. Admitida a culpabilidade como expressão de subjetividade, ou de decisão do sujeito em favor da prática delitiva, é óbvio que essa decisão será sempre circunstancial e relacionada a uma postura de maior ou menor enfrentamento aos valores sociais protegidos normativamente.

Assim, a simples presença de culpabilidade é um indicativo de merecimento de repulsa social e, uma vez que ela exista, seu grau será determinante para compreender a necessidade maior ou menor de reação social contra a conduta.

Assim, ao limitar a punibilidade dos feitos pela culpabilidade, se está limitando a sanção segundo o grau de reprovação merecido pela conduta.

Assim, ao aplicar a pena, o juiz se vê condicionado a obedecer ao postulado de proporcionalidade vinculado à reprovabilidade do comportamento do autor, tratada também como “culpabilidade”.

Em boa parte das etapas relacionadas com a fixação da pena há referências à culpabilidade, sendo sempre vinculada a essa ideia de grau de reprovabilidade da conduta.

É óbvio que dentro de uma mesma espécie delitiva é possível conceber condutas mais ou menos reprováveis. Por exemplo: um roubo mediante o espancamento da

vítima, gerando lesões corporais leves, necessariamente é mais ofensivo do que outro roubo praticado apenas mediante ameaças de violência corporal.

Assim, a intensidade da culpa (junto com outros fatores) definirá a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, inciso III, do Código Penal brasileiro),[8] auxiliará na fixação do *quantum* de pena privativa de liberdade a ser aplicada (art. 59 do Código Penal)[9] e interferirá na distribuição da carga penal entre os coautores (art. 29 do Código Penal).[10]

3.3 Culpabilidade como elemento do delito

A terceira acepção do termo *culpabilidade* refere-se à dimensão pessoal da imputação, ou seja, à possibilidade de atribuição da realização de um delito como obra sua àquele que praticou o injusto.

Esse caráter pessoal da culpabilidade, ou seja, o fato de que ela é composta por um conjunto de elementos que dizem respeito especificamente ao autor e não ao fato, levou alguns autores equivocadamente a referirem que a culpabilidade não é um elemento do delito, mas sim um pressuposto ou fundamento de aplicação da pena.[11] Esses autores sustentam que a culpabilidade é pressuposto da aplicação da pena. Para eles a ação típica é causa, a aplicação da pena é o efeito. Esse efeito só ocorre presente a culpabilidade, analisada *ex post*, e mais, admitir a culpabilidade como elemento do delito constituiria um resquício de influência do modelo adotado pelas teorias da causalidade.

Contudo, essa parece não ser a melhor interpretação.[12]

Em primeiro lugar, desde um ponto de vista de *lege lata*, tendo em vista a orientação teórica de nosso Código Penal, temos que os principais autores finalistas defendem que não existe crime sem a presença da culpabilidade. O próprio Hans Welzel, citado pelos autores da errônea interpretação como fonte originária do afastamento da culpabilidade como elemento do delito,[13] inclui em seu Tratado de Direito penal[14] – ao contrário da interpretação dada por aqueles – um capítulo com o título: “o lugar da culpabilidade no conceito de delito”, no qual refere expressamente que “a característica *culpabilidade* acrescenta um novo momento à ação antijurídica

que é o que a converte em delito".[15]

O argumento que Damásio de Jesus[16] atribui a René Dotti, de que Welzel teria terminado seu último escrito *Das Neue Bild des Strafrechtssystems*, com um tópico denominado "A culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena" é, no mínimo, um erro de tradução ou uma falta de acesso à fonte direta, porque o tópico mencionado pelo professor paulista leva o título *Die Vorwerfbarkeit als Strafvoraussetzung*, expressão que não pode ser traduzida da forma mencionada, já que o termo *Vorwerfbarkeit* não é um sinônimo direto de *Schuld*, sendo melhor traduzido pela expressão *reprovabilidade*, já que o radical vem de *Vorwurf,* que traduz repreensão, reprovação.

Em segundo lugar, a adoção de uma perspectiva como essa implicaria desprezar as considerações sobre a pessoa para determinar a existência do crime. Essa somente seria importante para a verificação da possibilidade de aplicar pena.

É necessário ter em conta que o delito só pode ser reconhecido como a obra de uma pessoa. Do contrário, a pessoa deixaria de ser o foco da organização do sistema de imputação, abrindo a possibilidade de criação de um sistema não focado no ser humano, mas sim na própria norma, com os perigos que isso representa, tal como se nota das tendências funcionalistas sistêmicas. Na feliz expressão de Cláudio Brandão,

> "caso o Direito penal prescindisse da culpabilidade, não haveria um instituto específico que versasse sobre a reprovação da pessoa, e o homem, ao invés de ser considerado como destinatário do próprio fim do Direito penal, seria posto em segundo plano, posto que nenhum conceito versaria diretamente sobre ele".[17]

A condição de humanidade seria mero pressuposto de aplicação da pena, o que, definitivamente, não é concebível.

Na verdade, não é possível dissociar o delito de seu autor a ponto de afirmar que existe o delito independentemente de considerações sobre a pessoa.

Assim, é possível dizer que como elemento do delito, a culpabilidade se refere a todas as características relativas ao sujeito necessárias para imputar-lhe reprovação

penal como um juízo de valor normativo por sua atitude contrária ao direito.

4 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

O Direito germânico previa responsabilidade penal vinculada somente ao resultado (princípio da *Erfolghaftung*), sem cogitação a respeito das condições pessoais de quem o realizava.[18]

No âmbito canônico, a responsabilidade penal reconhecia diferenças de atitudes intencionais e involuntárias, porém, também sustentava a ideia da *versari in re ilicita*, como uma espécie de dolo derivado ou culpabilidade por derivação de más práticas anteriores.[19]

É na Filosofia da Idade Média, onde o Direito canônico exercia forte influência que vamos encontrar as bases do pensamento que gerou as primeiras concepções de culpa (culpabilidade) penal,[20] vinculada à ideia de livre-arbítrio. A atitude de alguém seria reprovável porque essa pessoa, gerada à imagem e semelhança de Deus, podendo optar entre o bem e o mal, atua violando o Direito.

Nesse período, a identificação da qualidade distintiva do ser humano se encontra vinculada à ideia do domínio sobre a vontade, ou seja, a possibilidade de agir conforme os ditames da própria consciência.[21]

As bases do conceito estavam formadas e permearam todo o discurso iluminista, especialmente na obra de Beccaria, que ressalta a posição central que o homem ocupa na ideia de responsabilização penal. E mais, em Beccaria[22] figura uma limitação do direito de castigar fulcrada em uma base de proporcionalidade, que se traduz justamente na medida do controle humano sobre a própria vontade e que deve gerar correspondente reprovação de parte da sociedade.

Como se nota, é praticamente impossível dissociar o conceito de culpabilidade como categoria delitiva e seu espelho como elemento do delito. É que o fundamento de sua existência como categoria de jurídico-penal deriva claramente da perspectiva filosófica pela qual se filtra em cada conjuntura da evolução histórica do mundo ocidental, nesse caso, imersa em uma evidente aproximação entre Direito e moral.

Assim, é possível perceber que toda a construção de Direito natural, quer seja

de origem teológica ou sociológica, conectava perfeitamente com as perspectivas retributivas da pena e do próprio Direito penal espelhadas principalmente em Kant e Hegel.

As teorias chamadas "retributivas" da pena são exatamente o fruto da ideia de reprovação que está no âmago da percepção da culpabilidade como o livre-arbítrio de poder de agir de outro modo.

Obviamente, nesse momento, a culpabilidade não se apresentava como um elemento do delito dado que a concepção de crime era absolutamente totalizante, compreendendo um juízo global de reprovação. Outrossim, as concepções a respeito do crime nesse período incluíam claramente um juízo de reprovação vinculado ao livre-arbítrio. A culpa aqui derivava unicamente do fato de uma conduta incriminada ser realizada por um imputável.

Assim, aparece aqui ao menos uma primeira limitação da imputação vinculada à consideração do crime como "expressão do homem como pessoa".[23] E essa personalidade se encontrava conectada à responsabilidade penal por ser fruto da consciência de si mesmo como pessoa. Nesse sentido, refere Hegel:

> "A personalidade só começa quando o sujeito tem consciência de si, não como um eu simplesmente concreto e de qualquer maneira determinado, mas sim de um eu puramente abstrato e no qual toda limitação e valor concreto são negados e invalidados. É assim que na personalidade existe o conhecimento de si como de um objeto exterior, mas elevado pelo pensamento à infinitude simples e, portanto, puramente idêntico a ela. Não têm os indivíduos e os povos personalidade enquanto não alcançam esse pensamento e esse puro saber de si."[24]

Em resumo, tanto a ideia de responsabilidade por uma violação moral, uma ofensa ao divino, quanto a ideia de reprovação social de um comportamento, guardam em comum a semente da culpabilidade como reprovação vinculada à ideia de proporcionalidade.

4.1 Conceito psicológico de culpabilidade

O advento do positivismo e a virada epistemológica nele implicada, próprios do homem dos séculos XIX e início do XX, traz a influência do paradigma empírico e com ele, a necessidade de dotar de caráter "científico" os conceitos jurídicos, entre eles, o de culpabilidade. Assim, há um câmbio de referencial de uma moral metafísica própria do Direito natural para um fundamento filosófico baseado do método empírico.

Enquanto a perspectiva *jus naturalista* representava a culpabilidade como livre-arbítrio, pela associação entre direito e moral, a afirmação do positivismo e do determinismo levou à concepção psicológica da culpabilidade.

A pretensão aqui era de promover a secularização definitiva da culpabilidade, desvin-culando-a da culpa moral.[25]

Merkel afirmava que "*culpabilidade* é o atuar ou não atuar antijurídico de uma pessoa que, segundo os critérios correntes, constitui a essa, como tal, em dívida. É uma culpabilidade *jurídica*, porquanto a pretensão violada e a medida que se aplica para apreciar seu valor são de natureza jurídica".[26] Nota-se aí, claramente, a pretensão de afirmar a culpabilidade juridicamente, de um modo dissociado de conotações morais, baseada em princípios de *natureza jurídica*, na época associados a perspectivas deterministas advindas das concepções criminológicas biologicistas.

Porém, as obras básicas do século XIX não lograram obter um conceito comum de culpabilidade para abrigar as hipóteses dolosas e imprudentes, característica unitária do delito que só foi obtida a partir dos trabalhos de Frank.[27]

A influência cartesiana determinou a necessidade de estabelecer um estudo do crime através da divisão entre partes que deveriam ser estudadas separadamente para a melhor compreensão do todo. Assim surge a bipartição do conceito de delito atribuindo ao injusto uma dimensão objetiva que se complementaria na culpabilidade como dimensão subjetiva.

O estudo dos diferentes elementos da teoria do delito também foi influenciado pelo positivismo científico na medida em que os próprios conceitos desses elementos foram, em grande medida, formulados a partir de critérios importados de outros ramos

científicos, especialmente das ciências naturais que, no caso da culpabilidade, representou a chamada teoria psicológica da culpabilidade.

Na verdade, a obra de Carrara já contemplava uma ideia de imputação vinculada a uma relação de contrariedade entre a norma e o "fato do homem", expressa na frase: "o crime não é uma ação mas uma infração, isto é, uma relação de contradição entre o fato do homem e a norma legal".[28]

Ocorre que o fato passível de ser atribuído ao homem como obra sua determinava-se pelo estabelecimento de uma correlação objetiva e subjetiva do fato com o seu autor.

Foi Von Liszt que, em 1882, propôs que o estudo realizado por Ihering a respeito da responsabilidade civil[29] servia de referência para uma concepção bipartida também do ilícito penal. Assim, propôs que fosse subdividido o crime em um elemento objetivo, a antijuridicidade, aquilo que o sujeito faz, e outro subjetivo, a culpabilidade, aquilo que o sujeito quer.[30]

Em 1884, o mesmo Von Liszt, em aula inaugural em Marburgo, Alemanha, propõe um conceito analítico de crime como *ação contra o direito, dolosa ou culposa e punível*. Para ele, a "culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou".[31]

Se o direito era submetido à análise metodológica das ciências naturais, claramente, do dolo deveria ser considerado desde um ponto de vista natural. Assim, concebeu-se a culpabilidade como o vínculo psicológico que unia o sujeito à sua realização delitiva, qual seja, ao resultado produzido por sua ação.[32] Essa relação era de uma "causalidade psíquica"[33] expressada nas formas de dolo e culpa, sendo o dolo a causação voluntária do resultado e a culpa (imprudência) a causação involuntária do resultado.

Para as teorias psicológicas,

> "a culpabilidade se esgota inteiramente com a consideração dos pressupostos psicológicos que, com a característica do injusto que ostenta o ato, fundamentam a pena. Estes pressupostos de índole exclusivamente psicológica são o dolo e a culpa. Por fim, só o homem é culpável, com

> toda a simplicidade, por ter atuado dolosa ou culposamente. Só a psique do autor deve considerar-se para essa teoria da culpabilidade".[34]

A reprovação ao agente dava-se, portanto, com base em critérios estritamente psicológicos, herdados da ciência natural.

O dolo aqui era meramente psicológico, vinculado fundamentalmente à questão da vontade. Existia um elemento cognitivo, porém, como mero pressuposto do direcionamento da vontade, desprezada completamente a discussão sobre a consciência a respeito da ilicitude,[35] e só podia ser afastado por erro ou coação, em que há a supressão da vontade.[36]

Persistia, entretanto, na escola italiana, principalmente em Carrara,[37] algo da influência romana relativa à concepção de que a culpa penal deriva da pretensão de praticar um ato contra a lei.

Conforme anota Bitencourt,[38] para a teoria psicológica, dolo e culpa não eram apenas as formas de culpabilidade, mas também esgotavam o conceito, que não era composto por nenhum outro elemento mais, admitindo, tão somente como pressuposto, a imputabilidade, traduzida na capacidade de ser culpável.

O conceito psicológico de culpabilidade foi duramente criticado. Em princípio a partir da constatação de que as formas de culpabilidade por ele apresentadas (dolo e culpa) não poderiam ser duas formas de uma mesma coisa, porque constituem justamente opostos: *querer* e *não querer*.[39]

Ademais, não era sustentável a ideia de que estas fossem formas de *vínculos psicológicos*, porque na imprudência inconsciente não há nenhuma ligação psicológica entre o agente e o fato, até porque é da essência dela a imprevisão do resultado desvalioso.[40] Essa crítica levou alguns autores, como Kohlrausch, a proporem o afastamento da culpa inconsciente como situação objeto do Direito penal, à míngua de elementos psicológicos.[41]

Na verdade, enquanto o dolo pode ser entendido – e à época efetivamente era – como um conceito psicológico, composto por vontade e previsão, a imprudência ou culpa é um conceito essencialmente normativo, composto da previsibilidade e da

infração de dever de cuidado.

Daí também a dificuldade de reconhecer algumas situações de exculpação, posto que, em situações, por exemplo, de estado de necessidade exculpante, onde figura presente o vínculo psicológico em face do resultado, mas não se admite a culpabilidade do autor.

4.2 Conceito psicológico-normativo de culpabilidade

Com a crise do positivismo, a metodologia emprestada das ciências naturais, que extirpava do âmbito científico os juízos de valor, por falta de características universalidade e generalidade, passou também a ser questionada.[42]

A metodologia normativa originada no neokantismo deu origem a uma concepção de culpabilidade que admitia em seu bojo elementos normativos, posto que se trata de uma filosofia que prega a supervalorização do *dever ser*, o que, transportado para a ciência jurídica de então, cristaliza-se na inserção de elementos axiológicos.[43] Com isso, o conceito deixou de ser admitido como apenas uma realidade psíquica que deve ser constatada e passou a ser considerado um juízo jurídico, deixando de estar focado na mente do autor e passando a figurar como um juízo pessoal de censura pela prática de um ato ilícito.

Isso não implicava, claramente, no abandono completo da ideia de livre-arbítrio, de determinação. O que havia era uma espécie de conjugação de outros fatores a serem valorados, ao lado da livre opção pela prática delitiva, como fundantes da culpabilidade.

Em realidade, não se negava a existência do vínculo psicológico representado pelo dolo e pela culpa. O que se afirmava é que a incumbência do direito não é aferir esse vínculo, mas sim, valorá-lo. A culpabilidade seria representada por um juízo a respeito de uma realidade psicológica.

O impulso definitivo para uma alteração do conceito de culpabilidade para inclusão de caracteres normativos foi dado por Reinhard Frank, em 1907, ainda que mais tarde o aperfeiçoamento desse conceito tenha ficado a cargo principalmente de Edmund Mezger e James Goldschmidt, o que leva parte da doutrina a considerar

Frank o verdadeiro *fundador* da teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

Para Frank,[44] os aspectos psicológicos não esgotam a culpabilidade, já que existem situações em que independentemente do dolo ou da imprudência, um fato se considera *mais culpável* que outro, como na comparação entre a mãe solteira que, durante o parto, mata seu filho recém-nascido e o assassino comum. A própria legislação reconhece diferenças. Partindo disso, Frank[45] afirma que há elementos valorativos da culpabilidade que servem não só para graduá-la, como também para afirmá-la ou infirmá-la. Critica ainda a incongruência de ter que admitir a presença do dolo (enquanto consciência e vontade) em situações exculpantes como o estado de necessidade.[46] A conclusão necessária a que chega é que ou seria necessário distender as hipóteses de estado de necessidade ou a proibição dada para situações normais não pode ser a mesma que a que vige para situações excepcionais. Situações excepcionais devem conter um juízo de reprovação que ultrapassa esses elementos.

Ademais, no trabalho, Frank também critica o emprego da imputabilidade como pressuposto e não como elemento da culpabilidade. Afirma não compreender "como a imputabilidade pode ser um pressuposto do dolo, se também um doente mental pode querer a ação".[47]

Assim, um comportamento proibido só pode ser atribuído à culpabilidade de alguém se é possível reprovar-lhe sua realização e a culpabilidade passa a conter, como elementos: imputabilidade, dolo ou imprudência, e as *circunstâncias concomitantes,* que devem ser analisadas caso a caso.

James Goldschmidt,[48] por sua vez, diz que ao lado de cada *norma jurídica* (*Rechtsnorm*) existiria uma *norma de dever* (*Pflichtnorm*), sendo que a primeira dirigia-se ao injusto, possuindo caráter objetivo e geral, como são as normas incriminadoras; a segunda estaria atrelada à culpabilidade e seria relacionada com o caráter subjetivo e individual, visando dirigir a vontade de atuação. Ao lado das normas que regem a conduta existe a norma de dever, que, se contrariada, revela uma *vontade contrária ao dever*, que é o objeto de censura individual.

Entretanto, sustentava Goldschmidt que "somente se poderá falar de uma 'legalidade conforme o dever', se houve atuação conforme o direito pela consciência

do dever”.[49] Assim, a atitude dolosa conteria, em seu bojo, uma manifestação de vontade contrária ao dever.

A essência da culpabilidade estaria representada, então, em uma motivação reprovável contrária ao dever, sendo que a desobediência ao dever só seria possível mediante o conhecimento da norma.

As consequências são interessantes, já que a partir dessa concepção a reprovação do autor passa a depender da consciência da antijuridicidade, já que ele tem que compreender que viola um dever associado ao enunciado normativo, justificando assim a impunidade do erro de proibição.[50]

Finalmente, também foi muito importante a contribuição de Berthold Freudenthal,[51] quem desenhou concretamente a ideia de exigibilidade como eixo da culpabilidade.

Freudenthal partiu de reconhecer o abismo existente entre o povo e o direito, derivado de condenações jurídicas em situações onde qualquer pessoa teria atuado do mesmo modo como agiu o autor.[52] Ademais, considerou que o único recurso técnico disponível para situações excepcionais, o *estado de necessidade*, resultava muito pequeno para equilibrar a situação.[53] Com isso, a incapacidade de agir de acordo com a norma de dever, em face da excepcionalidade das circunstâncias, também deveria excluir a culpabilidade por inexigibilidade de comportamento diverso. Para Freudenthal,[54] “a conduta culpável, isto é, reprovável, além do dolo ou culpa e a imputabilidade, pressuporia, então, como terceiro elemento da culpabilidade, a disposição normal das circunstâncias sob as quais o autor atuou”. Estruturalmente, ainda, acrescentou que o dolo deveria conter a possibilidade de conhecimento do injusto,[55] tal como propunha Goldschmidt.

Mezger, por seu turno, é quem firma a relação entre a existência de um *conteúdo* da culpabilidade, associando-o ao caráter de *reprovabilidade*, como juízo de valor negativo daquele conteúdo. Assim, para Mezger, a culpabilidade é “o conceito daqueles pressupostos da pena que fundamenta, frente ao sujeito, a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica. A ação aparece, por isso, como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do agente”.[56]

Em certo sentido, conforme refere Cláudio Brandão,[57] há um resgate de aspectos da culpa romana, posto que ao lado dos elementos psicológicos dolo ou culpa (imprudência) passa a figurar um elemento normativo representado pela consciência da ilicitude. Ou seja, novamente passa a importar o aspecto consciência a respeito de estar praticando um fato contrário ao direito.

A censura ao autor passa a derivar fundamentalmente de ter o autor consciência sobre a ilicitude do fato que realiza, o que faz atrelar definitivamente a culpabilidade à antijuridicidade.

O dolo que inclui a consciência da ilicitude não é apenas uma expressão do que se passa na cabeça do sujeito, mas uma valoração atual a respeito da orientação de sua atuação. No dizer de Maurach, "o dolo, ao compreende necessariamente a consciência da antijuridicidade, resulta implicitamente valorado, normativamente contemplado".[58]

Assim, a consciência da ilicitude que se exigiu foi uma consciência presente, ou seja, a afirmação da culpabilidade passou a depender não só da presença de dolo ou imprudência, mas também de que o autor soubesse o que estava fazendo, soubesse que estava atuando contra o direito.

Como consequência, aquele que desconhecia a antijuridicidade de sua conduta não agia com dolo.

Portanto, dolo e culpa aqui deixavam de ser considerados *formas* de culpabilidade, para passarem à condição de *elementos* da culpabilidade, ao lado da imputabilidade, já aqui tratada como elemento e não pressuposto da culpabilidade, e do *poder agir de outro modo*, ou exigibilidade de conduta conforme o direito.[59]

Evidentemente, a teoria psicológico-normativa foi também vítima de crítica e ajustes. Alguns até mesmo provenientes de seus próprios criadores.

Sustentava-se que a existência do dolo, para a teoria psicológico-normativa, dependia da presença de consciência da antijuridicidade, na fórmula proposta por Goldschmidt.

Esse dolo combinava elementos psicológicos e elementos normativos, o que foi percebido e criticado por Mezger, principalmente diante das situações como as dos

criminosos habituais. Estes, evidentemente, em função do meio social onde se viam inseridos, por vezes, não teriam consciência exata da ilicitude de seus comportamentos. Em razão disso, faltando a consciência da ilicitude, restava afastado o dolo e, nas condutas em que a atuação fosse intencional, não se poderia falar em imprudência, restando um largo vácuo de impunidade.

A solução proposta por Mezger era evidentemente discriminatória, pois criava a chamada *culpabilidade por condução de vida (Lebensführungsschuld)*[60], como uma nova modalidade de culpa para aqueles que usualmente se conduziam de modo socialmente desvalioso, onde se suprimia a exigência de que o dolo incluísse a consciência da ilicitude. Evidentemente, trata--se de um claro perfil de direito penal de autor, altamente reprovável[61] e que, no entanto, no período nazista na Alemanha, foi largamente adotado.[62]

Os problemas suscitados e ao mesmo tempo criados por Mezger, entretanto, somente lograram superação definitiva com o advento do finalismo e a proposta de teoria normativa pura da culpabilidade, embora houvesse proposições inovadoras, no mesmo sentido, já trabalhadas no período do neokantismo por Hellmuth Von Weber.[63]

4.3 Conceito normativo puro de culpabilidade

Von Weber afirmava, já durante o período de influência dominante do neokantismo, a existência de uma crise relacionada com o princípio penal da culpabilidade, associada corretamente à perspectiva do determinismo lógico oriundo do positivismo de Comte.[64] Afinal, se a vontade resta completamente determinada pelo entorno e pela constituição do sujeito, não resta nenhum sentido na discussão da evitabilidade de um fato, pelo que esvazia-se a discussão jurídica sobre atribuição de responsabilidade.

A superação do positivismo pelo modelo neokantiano deveria trazer então uma nova perspectiva de análise da culpabilidade, propondo uma base de afirmação da responsabilidade a partir de uma divisão entre o dever derivado das normas que determinam o injusto e o poder representado pela possibilidade concreta de atuar conforme o dever.[65] Essa última corresponderia à culpabilidade.

Trata-se, evidentemente, de uma pretensão crítica do modelo que Von Weber considerou “clássico” na doutrina, de separação entre objetivo e subjetivo, que consiste justamente na herança de Von Liszt. Para o autor, a descoberta dos elementos subjetivos do injusto por Mezger e Hegler e de elementos objetivos da culpabilidade por Wolf teria provocado a superação da teoria dominante, conduzindo à necessidade de reconstrução do conceito de culpabilidade.[66]

Para Von Weber, a chave de afirmação da culpabilidade aparece no questionamento sobre “se o autor pode ou não evitar o fato”.[67] Essa capacidade de evitar, somada à atitude de não fazê-lo, é que tornaria a punibilidade do autor “justa”[68] perante o ordenamento jurídico.

Assim, seu conceito de culpabilidade, que ele chama de responsabilidade,[69] resulta totalmente normativo, composto por uma imputabilidade consistente na “capacidade para distinguir entre a conduta permitida e a proibida e de determinar sua vontade de acordo com tal compreensão”[70] e uma “capacidade de evitação em concreto”, correspondente tanto a uma *capacidade psíquica de evitação*, correspondente à possibilidade concreta de compreensão da ilicitude de seus atos, quanto por uma *capacidade de determinação da vontade em face da compreensão do fato*, correspondente à possibilidade de exigir um comportamento juridicamente aprovado.[71]

A confirmação definitiva dessa perspectiva aparece concretizada no modelo finalista de Welzel.

O advento do finalismo, com Welzel, baseava-se em um neo-ontologicismo caracterizado principalmente pela negação dos pressupostos neokantianos.[72] A partir de tais concepções, Welzel propunha a reorganização da teoria do delito sobre o conceito de ação, que predeterminaria ontologicamente o sistema de imputação.

Esse conceito de ação era buscado por Welzel em raízes que remontam ao próprio Aristóteles, sempre com a ideia de que a ação humana é constituída de uma vontade dirigida a um fim. Essa vontade, vinculada a um propósito, certamente implicaria no reconhecimento de que o dolo seria um elemento da própria ação.

Assim, a análise do tipo, que constitui nada mais que a realização de um fato

incriminado, cujo núcleo é representado justamente por um verbo descritivo de uma ação ou omissão, passava a contemplar dolo e culpa.

Propunha Welzel que os elementos de ordem subjetiva já faziam parte da ação típica, sem necessidade, para sua aferição, de ingressar-se na análise da culpabilidade.

Entretanto, o conceito de ação de Welzel era um conceito essencialmente ontológico, pelo que os elementos que a compunham necessariamente deveriam ter essa característica. Por conseguinte, o dolo a que se referia Welzel como elemento da ação típica era um dolo natural, ou seja, mera expressão de conhecimento e vontade, desprovido de relação com a consciência da ilicitude.

Essa dimensão *normativa* do dolo remanesceu como aspecto axiológico contemplado na culpabilidade. Trata-se do que a doutrina denomina *quebra do dolus malus* promovida pelo finalismo.

O dolo que era composto de conhecimento, vontade e consciência da ilicitude migra para a ação típica levando consigo apenas o conhecimento e a vontade, abandonando na culpabilidade a consciência da ilicitude.

Essa consciência da ilicitude, para o finalismo, para ser verdadeiramente um elemento normativo, não poderia ser um elemento real, presente. Ou seja, a condição de valoração não poderia ser exercida sobre uma consciência presente da ilicitude porque essa resulta inacessível e, portanto, imune a valorações. De resto, sua demonstração seria praticamente impossível, senão por presunção. Daí que ela devesse ser considerada apenas desde um ponto de vista potencial.

Ao conceito de culpabilidade restavam então apenas juízos normativos. A culpabilidade passou a ser composta pela imputabilidade, como capacidade de culpabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa, reduzida, portanto, a puro juízo de valor.[73]

Outrossim, ainda aqui, os juízos de valor implicados na análise de culpabilidade continuavam se baseando na ideia de reprovação do sujeito por sua conduta. A culpabilidade finalista “pode ser resumida como a reprovação pessoal que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao Direito, embora houvesse

podido atuar de modo diferente de como o fez".[74] Segundo o próprio Welzel,[75] a culpabilidade é uma expressão de reprovabilidade, posto que se trata da verificação de se o agente, na situação dada, poderia ter adequado a orientação de sua vontade à orientação da norma, tendo optado por não fazê-lo. Essa reprovação é antes de tudo uma reprovação do modo pelo qual o agente direciona sua vontade.[76]

Com a culpabilidade normativa pura se visava "censurar o homem em face de suas características internas mais profundas – capacidade, liberdade e consciência – que representam atributos presentes tão só nos seres humanos e que os diferenciam dos outros seres".[77]

Evidentemente, a evolução da culpabilidade não parou na proposta finalista. Muitos dos conceitos normativos defendidos por Welzel estão hoje em cheque e, mesmo, novos elementos são inseridos no contexto desse juízo de reprovação. A transformação e o volume de diferentes propostas é tão intenso que alguns autores chegam a referir a existência ainda de uma verdadeira *crise no conceito de culpabilidade* que já se torna permanente.[78]

4.4 Tendências da culpabilidade no pós-finalismo

Hoje não se pode mais rechaçar uma ideia fundamental sobre a culpabilidade: ainda que ela seja um juízo a respeito do autor, ela deve referir-se ao fato. Mais precisamente, trata-se de vincular o autor ao fato que se lhe atribui como seu. Há, pois, uma dupla identidade: ao falar de culpabilidade nos referimos a um autor específico e a um fato específico e dizemos que o autor é culpável daquela prática determinada. Por isso, a análise de culpabilidade é necessariamente também tópica e compreende elementos a serem analisados caso a caso.[79]

Assim, metodologicamente, podemos referir que o conceito de culpabilidade é um exemplo da aproximação progressiva entre os principais sistemas jurídicos contemporâneos.[80]

Essa postura de identidade pessoal é o que conflita, em certa medida, com a ideia de uma culpabilidade composta unicamente por aspectos normativos.

A conversão de um conceito psicológico em um conceito normativo puro da

culpabilidade abriu a porta a uma matriz que, de certo modo, despreza a individualidade, posto que converte a identificação da culpabilidade em um mero processo de atribuição. Os critérios normativos são unicamente atribuídos, e não têm nenhuma vinculação com o "ser", adotando *stantards* de condutas em supressão à característica de identidade individual do culpado.

Por isso, algumas teses que sucederam a proposta de Welzel, quiçá conscientes dos perigos dos conceitos jurídicos normativos puros, procuraram dotar a culpabilidade de caracteres que, em maior ou menor medida, favoreceram sua individualização.

4.4.1 A atributividade de Maurach

Maurach sustentou que o conteúdo da culpabilidade tal como desenhado por Welzel não seria capaz de compor uma reprovabilidade adequadamente pessoal do agente,[81] especialmente porque a exigibilidade de conduta diversa não é um conceito individualizante, mas muito pelo contrário. Trata-se de um conceito geral, dirigido em sentido negativo, como fórmula exculpante, não havendo aqui qualquer processo de individualização, daí resulta que "o juízo de desvalor frente ao autor sob o conceito geral de culpabilidade é insustentável".[82]

Maurach propôs, com vistas à obtenção de uma categoria que represente um juízo de reprovabilidade dirigido ao autor, a substituição dessa pelo conceito de *atributividade*,[83] ou seja, possibilidade de atribuição de responsabilidade.

Isso resolveria, no seu entender, a questão da medida de segurança, já que esta, juntamente com a pena, são resultados de atribuição do juiz em função de uma idêntica exigibilidade de atuação conforme o direito. Dessa forma, a culpabilidade e a periculosidade deveriam estar submetidas a um conceito mais amplo que seria a *atributividade*.

Assim, a possibilidade de atribuição, ou *atributividade*, conteria dois elementos: a *responsabilidade*, consistente na desaprovação genérica ao atuar, que inclui o inimputável, traduzida pela exigibilidade de conduta diversa, e a *culpabilidade*, consistente na reprovação pessoal contra o autor que faz ou omite algo

juridicamente desaprovado, com análise consequente da potencial consciência da ilicitude e da capacidade de ser culpável.

Desse modo, a *atributividade* de medida de segurança dependeria apenas da presença da *responsabilidade*, mesmo sem *culpabilidade*. Presente também a *culpabilidade*, passaria a ser possível a *atributividade* de pena.[84]

4.4.2 A responsabilidade do funcionalismo teleológico de Roxin

O advento da tendência funcionalista, ou seja, de reorganizar a estrutura da teoria do delito a partir das funções que cada elemento da afirmação do delito cumpre, conduziu a diferentes propostas. A primeira a merecer atenção, sem dúvida, é a de Roxin. Para esse autor, a culpabilidade também cumpre uma função essencial na estruturação do conceito de delito, qual seja, a de expressar as funções da pena.

Roxin[85] está de acordo que é necessário superar, de qualquer modo, a ideia fundante de *poder atuar de outro modo*, coisa que é absolutamente indemonstrável, e propõe questionar os fundamentos da culpabilidade a partir de outro ponto, de *por que se exige do autor outra conduta.* Há que se questionar os motivos pelos quais o legislador, desde pontos de vista jurídico-penais, queira tornar o autor em questão responsável pelo fato apurado,[86] portanto, não se trata de apurar *culpa*, senão *responsabilidade*. A *responsabilidade*, porém, somente pode ser apreendida a partir de "pontos de vista político-criminais", associados, de algum modo, "à necessidade jurídico-penal de sancionar no caso concreto".[87]

Portanto, a culpabilidade, para Roxin, estará funcionalizada em razão dos fins da pena. Somente a partir da existência de um fundamento punitivo no caso concreto será possível afirmar a existência de *responsabilidade*.

Roxin,[88] então, inova em seu conceito de categoria que representa a reprovação ao autor, propondo que a categoria *culpabilidade* seja substituída pela categoria denominada *responsabilidade*, que deve incluir a culpabilidade, com os elementos que lhe são conhecidos, e somar-se à necessidade de pena. O resultado dessa fórmula é que onde não há necessidade de pena, ou seja, onde a aplicação da pena não resta justificada, mesmo estando presentes a correta compreensão do fato praticado por

parte do autor, não se justifica o reconhecimento da existência do crime.[89]

O fundamento da culpabilidade para Roxin é a função motivadora da norma penal, função que no sistema penal é realizada pela pena, razão pela qual, ausente a necessidade de pena, falta razão motivadora para o reconhecimento da reprovação e não pode haver responsabilidade, mesmo diante da existência de culpabilidade. Assim, a estrutura do conceito de delito, para Roxin, traz a categoria *responsabilidade* no lugar da tradicional *culpabilidade*. Dentro da *responsabilidade* se situam como elementos a *culpabilidade* e a *necessidade de pena*. A *culpabilidade*, por sua vez, como elemento da *responsabilidade*, é composta por *imputabilidade, potencial consciência da ilicitude* e *exigibilidade de conduta diversa*.

A proposta harmonizaria e conectaria os fins da pena com os do próprio direito penal, providência reclamada pela doutrina.[90] Além disso, segundo Roxin,[91] dessa forma se estaria atendendo ao reclamado "conteúdo material da culpabilidade".

4.4.3 A culpabilidade funcionalizada normativamente. A tese de Jakobs

O mesmo funcionalismo, porém, em sua vertente sistêmica, baseia suas ideias de funcionalização em torno de um objetivo central de promover a estabilidade normativa. Representante principal dessa perspectiva, Günther Jakobs oferece um conceito de culpabilidade totalmente voltado à afirmação dessa perspectiva.

Jakobs[92] propõe que a culpabilidade seja representada simplesmente pela análise de uma motivação contrária à fidelidade à norma. Desse modo, o motivo do conflito é a quebra da lealdade à norma por parte do autor.

Evidentemente, essa postura tem o mérito de afastar-se da base do livre-arbítrio e da ideia de poder atuar de outro modo,[93] em compensação, parte do criticável pressuposto de legitimidade absoluta da norma.[94]

Desse modo, a falta de reconhecimento da norma constitui um injusto, mas para que esse possa ser imputado a alguém, é necessário que essa pessoa tenha decidido atuar contrariamente ao dever de fidelidade ao direito.[95] Portanto, o fundamento da culpabilidade residiria na decisão sobre a quebra da norma.

A quebra de uma expectativa normativa há de gerar a frustração do objetivo das

normas e, como consequência, a necessidade de sua reafirmação.[96] A reafirmação da validade dessa norma visa impedir a sua transformação. A ideia central é de a aplicação da pena servir a esse fim, a determinar a persistência da validade da norma, não obstante seu questionamento pelo agente. Não havendo outro caminho funcional de promoção da estabilidade da norma, há de se tornar o sujeito *responsável* pelo rompimento normativo praticado, ou seja, reconhecê-lo como único causador da instabilidade normativa. A pena assume a função de promover a reestabilização normativa.[97]

A carga de subjetividade contida obrigatoriamente na culpabilidade – pois essa representa a expressão da existência de imputação penal subjetiva, ou de responsabilidade subjetiva, como característica fundamental diferenciadora do Direito penal – fica representada, portanto, pela existência de normal motivação do sujeito ao cumprimento da norma e a atuação deste no sentido do rompimento da norma. O sujeito, com isso, expressa uma posição pessoal de contrariedade à validade da norma e uma concepção de mundo que inclui a ausência de motivação pessoal para o respeito à norma,[98] ou seja, quem atua de modo culpável expressa sua própria concepção de sociedade, diversa daquela estabelecida pela norma.

Claro que a diversidade, a individualidade, o anonimato e a descentralização são marcas da sociedade moderna. E é justamente nessa compreensão que Jakobs busca a fundamentação da pretensão de promoção da estabilidade da norma. Ele entende que as condições próprias da sociedade moderna fazem com que a vida de inter-relação ocorra somente regida por papéis ou róis cumpridos por cada uma das partes envolvidas. Esses róis permitem apenas uma relativa liberdade de atuação. Uma liberdade condicionada pelas fronteiras determinadas pelas normas próprias desses róis, que são o que garante a existência desse espaço de liberdade, derivado da condição de cidadão.

Assim, de modo circular, o dever de fidelidade à norma seria um dever que derivaria da necessidade de garantir a própria existência das regras que delimitam o espaço de liberdade. Ou seja, Jakobs acredita que é o espaço normativo o que garante a liberdade do sujeito, assim, ele estaria obrigado, pelo exercício de um contrato

sinalagmático, à contraprestação da lealdade ao Direito.[99]

Essa falta de lealdade à norma é a essência da culpabilidade na concepção de Jakobs, ou seja, o "núcleo da imputação da culpabilidade".[100]

Derivaria daí que a exclusão da culpabilidade se daria quando ao autor não fosse acessível a norma afligida[101] genericamente considerada (inimputabilidade) ou especificamente considerada (potencial consciência da ilicitude) ou nas situações de tal emergência que não fosse exigível, pelas circunstâncias dadas, obediência à norma (exigibilidade de conduta diversa).

Sabido que o fundamento da culpabilidade é uma posição de contrariedade à norma, um verdadeiro *desafio* à sua validade, torna-se exigível que o sujeito, quando atua contra o direito, efetivamente seja um sujeito capaz de pôr em cheque a norma com sua atitude, ou seja, que expresse o sentido dessa contrariedade. Em resumo, é preciso que seja um sujeito imputável.[102]

A correta motivação do autor exige ainda a intelecção do injusto, ou seja, a situação de expressão de ausência de lealdade ao direito só se completa quando se questiona efetivamente a validade das normas. Daí decorre que, no entendimento de Jakobs, também tem relevância o erro sobre a proibição, constituindo elemento da culpabilidade a potencial consciência da ilicitude. Seu fundamento, entretanto, é que "a punição de um autor que tenha atuado em erro sobre a norma, mas com suficiente disposição para obedecer as normas que conhece (ou seja, reconhecendo o fundamento de validade), não serviria ao objetivo de exercitar a lealdade ao direito".[103]

Finalmente, há espaço ainda na concepção de Jakobs para a inexigibilidade de conduta diversa, outra vez em face da dimensão normativa, uma vez que se exclui da situação culpável o sujeito que atua impelido por motivações mais fortes, alheias e contrapostas àquela oferecida pelo direito, sempre e quando tais motivações sejam consideradas igualmente importantes pela generalidade das pessoas. Assim, há de ser "uma situação que para o autor constitui uma desgraça e que também em geral possa ser definida como desgraça, ou possa ser imputada a outra pessoa".[104]

Como se nota, essa proposição vai no sentido completamente oposto às demais,

que pretendem uma *personalização* da culpabilidade. O que se propõe aqui é um completo abandono da dimensão humana, reconhecendo a culpa e submetendo o homem ao império do paradigma normativo.

Além disso, a concepção de Jakobs peca do falso pressuposto de igualdade de todos perante a norma,[105] ou seja, uma vez que se fundamenta a culpabilidade na falta de lealdade para com a norma, se parte de reconhecer uma possibilidade igual de todos que são motiváveis pela norma, em atender aos seus ditames, o que significa claramente desconhecer a desigualdade entre os homens.[106]

4.4.4 O déficit de lealdade ao Direito de Kindhäuser

De modo bastante aproximado à tese de Jakobs, ainda que conscientemente tentando escapar do ciclo vicioso imposto pela tese funcionalista sistêmica, Kindhäuser oferece um fundamento para a culpabilidade baseado nas teses do comunitarismo,[107] procurando associá--lo a uma realidade pretensamente comunicativa.[108]

O autor parte de distinguir entre uma dimensão formal e outra material da culpabilidade. No campo formal, situa a reprovação implicada no juízo de culpabilidade, que derivaria de que o sujeito não formou uma motivação a respeito da norma que tivesse prevalecido sobre a motivação que o impeliu a violá-la.[109] De outro lado, no campo material,[110] o fundamento da culpabilidade deveria ser expresso através da análise do *por que* não se formou a adequada motivação do sujeito para respeitar a norma. É nesse ponto que Kindhäuser busca no comunitarismo os fundamentos da culpabilidade.

O comunitarismo teria em comum com o liberalismo a defesa do homem livre.[111] Porém, o conceito de liberdade do comunitarismo, ao contrário do liberalismo, não seria de uma liberdade estática, como dado pré-concebido de um ser humano isolado no mundo, mas sim uma liberdade dinâmica, concebida através do reconhecimento do ser humano enquanto ente social. Ou seja, o conceito básico é de que o indivíduo se concebe já no interior da vida em sociedade. A identidade do indivíduo se forma dentro da sociedade e através dela, construindo uma relação indissolúvel entre sujeito

e sociedade, que é justamente o laço comunitário. Trata-se de uma concepção de sujeito enquanto cidadão que, como tal, já surge como direitos e obrigações, especialmente com a corresponsabilidade pela obtenção de um bem-estar comunitário.[112]

Assim, para essa concepção o conjunto normativo, o arcabouço jurídico, representaria a forma de estruturação da própria comunidade. Para Kindhäuser, o direito tem uma função social de integração.[113] Essa integração social, a forma de organização da própria sociedade, depende de que os participantes nela componham suas inter-relações a partir do ajuste de comportamentos delimitados normativamente.

Portanto, o sujeito compreendido como cidadão pré-inserido nessa comunidade teria um dever de *lealdade ao Direito* (*Rechtstreue*), como dever de preservação de seus próprios direitos enquanto cidadão. A culpabilidade viria expressa, pois, pela violação a essa *virtude cidadã* (*staatsbürgerliche Tugend*), realizada através da infração da norma, que significa, como consequência lógica, o *abandono da comunidade*.

Um comportamento desviado da norma representa, por certo, um caminho distinto daquele previamente estabelecido comunitariamente, portanto, guarda em si um potencial desintegrador da própria sociedade.

A referência a ser meramente potencial a expressão de desintegração social refere-se ao fato de que a conduta desviada pode ser produto de uma má compreensão ocasional da norma, de um déficit pessoal e geral de compreensão, ou de uma situação especialmente acidentada ou casual que não geram, por óbvio, qualquer questionamento a respeito do sentido da norma violada. Daí as situações de exculpação.

Porém, quando o sentido de violação da norma está claramente expresso como pretensão do sujeito, está presente o critério de culpabilidade.

Nesse ponto, Kindhäuser busca suporte na teoria da ação comunicativa para tentar justificar o espaço de limitação da liberdade individual. Incorre, porém, da mesma forma que Jakobs, em uma compreensão reducionista do processo de comunicação, resultando em clara distorção da teoria de base em que procura se

justificar.

O comportamento a ser analisado, segundo propõe Kindhäuser, não é apenas o comportamento instrumental, voltado ao resultado, mas sim o comportamento discursivo, orientado ao consenso.

Efetivamente, a busca do consenso como guia da ação é o que pode fundamentar a liberdade de ação. O consenso é corretamente identificado por Kindhäuser como a coordenação dos espaços de liberdade individual, através do reconhecimento do outro como pessoa, capaz de rechaçar pretensões, resultando como válido e digno de imposição apenas o melhor argumento, sempre e quando haja igualdade de oportunidade de discurso.[114]

Porém – e aqui entram as objeções que se lhe podem lançar –, para o autor, esse consenso seria obtido discursivamente, porém, marcado previamente através de pautas e diretrizes cuja finalidade seria precisamente a delimitação desse espaço de liberdade pessoal. Essas pautas seriam dadas previamente pelo sistema jurídico composto de normas. Assim, o sistema jurídico seria o mecanismo de criação da integração social, marcando os limites externos da legalidade.[115]

Em complemento, deveria haver uma legitimidade interna, que seria dada por uma construção na qual Kindhäuser[116] utiliza os conceitos de *autonomia comunicativa, lealdade comunicativa* e *espaço livre comunicativo*.

O esquema básico de legitimação das normas delineado por Kindhäuser obedece ao seguinte raciocínio: as normas são compostas pelas pessoas para coordenar suas condutas futuras. Assim, o indivíduo cria as normas e é o seu próprio destinatário. Portanto, possui, com isso, *autonomia comunicativa*[117] em face das normas criadas, porque possui a autonomia pública de participação na criação normativa e autonomia privada de conduzir-se conforme as diretrizes que ele próprio fixou. De outro lado, o consenso social depende também de que se reconheça que outros participantes da mesma sociedade contemplam, pelas normas, seus próprios interesses que, por vezes, impõem que o sujeito ceda um espaço a essas exigências. A essa atitude de reconhecimento do interesse alheio denomina-se *lealdade comunicativa.*[118] Finalmente, os direitos marcariam um espaço livre entre a autonomia

e o dever de lealdade, em que o sujeito poderia se mover ao seu talante, exercendo seu próprio direito subjetivo. Ou seja, enquanto o sujeito se move, no exercício do seu interesse pessoal ou do seu direito subjetivo, dentro dos limites demarcados pelo direito, sem necessidade de submissão à *lealdade comunicativa*, ele se expressa de modo livre. A esse espaço Kindhäuser denomina *espaço livre comunicativo*.[119] Assim, enquanto o sujeito se move no seu *espaço livre comunicativo*, está legitimado a atuar, porém, quando ultrapassa os limites deste, rompe imediatamente com o dever de *lealdade comunicativa*, negando a *autonomia comunicativa* dos demais, independentemente de considerações sobre a justiça da norma.

Assim, Kindhäuser[120] termina por afirmar que o conceito de culpabilidade se formula com base em uma falta de *lealdade ao Direito*, no sentido de um déficit de lealdade comunicativa ao acordo que está ínsito na ideia de legalidade, já que o consenso concreto válido somente poderia ser obtido a partir do marco estabelecido pela norma. Literalmente, a culpa do autor derivaria de que "com a quebra da norma, o autor nega o acordo que a fundamenta e, com isso, a autonomia comunicativa do participante"[121] que com ele divide a situação de conflito.

Como se nota, Kindhäuser estabelece toda uma construção nominalmente voltada à ideia de comunicação, mas que termina por reduzir a expressão comunicativa a um conteúdo da delimitação legislativa, presumidamente infalível porque oriunda de uma opção legislativa formalmente legitimada. Despreza, com isso, todas as interferências de poder que obviamente interferem no marco da formação dos limites de legalidade por ele interpostos. Kindhäuser pretende encaixotar a expressão comunicativa dentro da norma, coisa que não é possível. Trata-se de uma construção que peca justamente por tentar converter o continente em conteúdo, ou seja, fazer com que o processo de comunicação, de cuja existência depende a validade da norma, se converta em instrumento de sua validação.

De qualquer modo, há alguma distinção em face das teses de Jakobs, posto que com a afirmação da culpabilidade, Kindhäuser não pretende restaurar a validade da norma, mas apenas reagir simbólica e coletivamente através da imposição de uma sanção, à frustração que a deslealdade do sujeito culpável provoca.[122]

4.4.5 Os condicionamentos sociais e o conceito dialético de culpabilidade

Efetivamente, a norma não pode ser absolutamente condicionante do sujeito, porém, é certo também que o sujeito não é completamente livre. As teses sobre o fundamento da culpabilidade que se baseiam nessa presunção são claramente ficcionais.[123]

Muñoz Conde[124] defende que a culpabilidade como ideia de reprovabilidade normativa baseada na possibilidade de atuar de outro modo é insustentável, pois se baseia em argumentos indemonstráveis. Não é demonstrável que o sujeito poderia atuar de maneira diversa, pois nunca as circunstâncias do fato são completamente repetíveis.

A par disso, Muñoz Conde[125] defende ainda que as faculdades intelectivas e volitivas humanas são determinadas por outros fatores que também devem ser considerados relevantes na aferição da culpabilidade, derivados estes da necessária interação social do homem. Por ser assim, o fundamento da culpabilidade não pode ser a reprovação individual do ato, mas um fenômeno social que deve corresponder aos fins da pena.

Entender a culpabilidade como uma falta individual, determinando a análise normativa de suas categorias tendo em vista tão somente a ideia de que o sujeito é dotado de livre-arbítrio, é uma concepção, no mínimo, incompleta.[126] Só é possível afastar-se dessa concepção através do reconhecimento das interferências no âmbito de liberdade individual de escolha derivada da vida de interação.

Com efeito, há uma transformação da culpabilidade que, pelo livre-arbítrio, se afirmava como razão de ser da pena, como fundamento do castigo, para uma culpabilidade expressa em proporcionalidade, em limitação do castigo, ou seja, visando a afirmação de uma dimensão material da culpabilidade.[127]

Assim, Muñoz Conde[128] defende uma culpabilidade referida aos outros, a uma vida de relação. A culpabilidade não é uma característica da ação, mas sim o que torna possível atribuir responsabilidade a alguém por uma determinada conduta. Assim, não é um conceito desprovido de conotações históricas, sociais e políticas. Até porque, a responsabilidade penal deriva justamente da interação, deriva da

violação do interesse do outro, razão pela qual as categorias delitivas devem ser sempre vinculadas a uma ideia de interação, jamais desprezando o fato de que a existência do *ser* depende do *alter*.[129] Portanto, a responsabilidade penal deve derivar não do *princípio de liberdade*, mas do princípio de alteridade.[130] Somente quando o sujeito é analisado em seu contexto social a culpabilidade corresponderia à justa reprovação do crime por ele praticado.

Para Muñoz Conde,[131] o fundamento da culpabilidade e, portanto, o foco de seu estudo, deveria voltar-se à função motivadora da norma penal, ou seja, a estudar-se os condicionamentos relacionados ao sujeito para verificar sua concreta capacidade de reagir aos estímulos normativos.

Assim, conquanto o diagnóstico de interação seja incluído na discussão dos fundamentos da culpabilidade, o autor espanhol para a meio caminho nas considerações, abrigando a teoria da motivação como fundamento da culpabilidade. O resultado acaba sendo a adoção da mesma teoria da motivação, incluindo a variável do condicionamento social.

Essa variável do condicionamento social, de fato, inevitável, é o produto final da tendência que acolhe uma ideia de determinismo leve.[132]

4.4.6 A ideia de coculpabilidade e a vulnerabilidade do sujeito culpável

Há quem avance mais no contexto da interação social como condicionante da culpabilidade, levando-a a extremos de resultados semiabolicionistas.

Argumenta-se que a liberdade de optar pelo cumprimento do direito, quando o sujeito o viola, e que fundamentaria, em tese, a culpabilidade, deve ser revista. É que o sujeito a ser considerado não é o indivíduo isolado, mas em seu contexto social, e o contexto social, a se ter em conta, hoje, é de um mundo moldado segundo os padrões capitalistas globalizados de exclusão. Esse mundo, sem dúvida, condiciona os sujeitos, formando uma massa de excluídos. Essa exclusão não é somente da participação na sociedade de consumo, mas do próprio espaço, levando a uma importante limitação da liberdade de escolha, o que aflige, diretamente, o conceito de culpabilidade.

Assim, haveria sujeitos em tal estado de vulnerabilidade diante dos condicionamentos sociais que seriam simplesmente identificados e seletivizados negativamente pelo sistema punitivo.

Nesse contexto, ganha força hoje em dia o conceito de coculpabilidade.[133]

A ideia de coculpabilidade funda-se, pois, no reconhecimento da existência de uma parcela – maior ou menor – da culpabilidade do indivíduo que pertence à sociedade, enquanto fator condicionante e limitador das escolhas desse indivíduo. Segundo referem Zaffaroni e Pierangeli,[134] “há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado dessa maneira por causas sociais”. Aqueles aos quais foram sonegadas as mínimas possibilidades de inclusão social não podem ser medidos, em face de sua liberdade de atuar conforme o direito, pelo mesmo metro daqueles cujas escolhas jamais foram condicionadas. Com isso, “a coculpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”.[135]

No mesmo sentido, mas de um ponto de vista criminológico mais radical, Zaffaroni chega a afirmar que “não pode haver resposta criminalizante racionalmente aceita quando a autonomia com que o sujeito realizou a ação é ínfima ou nula, ou mesmo muito duvidosa”[136] e, portanto, não é aceitável uma simples culpabilidade pelo injusto, mas sim, é necessário o estabelecimento de uma “culpabilidade pela vulnerabilidade”.[137]

Ainda resta, porém, na concepção de Zaffaroni, um breve espaço entre a vulnerabilidade como condição geral de exclusão do sujeito e a sua concreta efetivação pelo processo de criminalização secundária, que exige um “esforço pessoal do sujeito por alcançar a situação concreta de vulnerabilidade”,[138] que é justamente o espaço que corresponde, no seu entender, à culpabilidade pessoal. A culpabilidade, portanto, resta entendida como “reprovação do esforço pessoal por alcançar a situação concreta de vulnerabilidade ao poder punitivo”.[139]

Assim, a coculpabilidade interfere na análise da potencial consciência da ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa,[140] já que, ainda que possamos partir de uma ideia de possibilidade normal de conhecer a norma e possibilidade normal de

atuar conforme essa, aquele cuja liberdade é limitada pela estrutura social em que vive não pode ter um mesmo nível de internalização de valores contidos na norma nem pode ser submetido a um igual nível de exigência para que atue conforme aquela, em determinados casos concretos.

Há quem defenda que a ideia de coculpabilidade encontra espaço legislativo em nosso direito positivo, tanto na análise da culpabilidade do art. 59, como elemento da fixação da pena[141] na cláusula aberta inscrita no âmbito das atenuantes genéricas, especificamente no art. 66 do Código Penal.[142]

4.5 A culpabilidade como pretensão de reprovação

Em um modelo significativo, baseado na subdivisão das pretensões normativas que buscam a afirmação final de uma pretensão de justiça, uma das questões importantes é a pretensão de reprovação. Somente é possível afirmar a justiça da aplicação de uma norma a um caso concreto na medida em que sua aplicação afirma legitimamente a reprovação de alguém pela atitude tomada. Ou seja, enquanto a pretensão de ilicitude se organiza sob a forma de uma reprovação da ação, a pretensão de reprovação recai sobre o seu autor. É aí que se estabelece a relação da ação como algo pertencente a alguém, ou seja, como obra sua.

Assim, é possível afirmar que a pretensão de reprovação se dirige ao autor. No entanto, é preciso deixar desde logo bastante claro que se reprova o *autor* pela *ação* praticada e não se lhe reprova sua condição de ser. Ou seja, trata-se de um juízo de valor personalizado, referido ao autor, e não um juízo de valoração genérico, como na pretensão de ilicitude.[143]

Ajustada à ideia de liberdade de ação já desenvolvida quando da análise do princípio de culpabilidade (veja-se § 2º desta obra), no sentido de que a liberdade de agir é característica que define a própria ação. A pretensão de reprovação, então, visa identificar, dentro da situação concreta, a possibilidade ou não de exigir-se do autor que se comportasse conforme o direito.

Essa reprovação, porém, não é de conteúdo moral, portanto, afasta-se da concepção de livre-arbítrio. Tem por fundamento uma reprovação jurídica, sendo

consequência inevitável de duas premissas: da consideração da validade da norma, por um lado, e da consideração do autor do fato como efetivamente um sujeito racional, com uma atitude participativa e capacidade de crítica e argumentação, enfim, uma *pessoa reflexiva*, no conceito utilizado por Klaus Günther.[144] Assim, a reprovação jurídica deve ser entendida como um juízo de atribuição pessoal ao sujeito, do fato por ele cometido.[145]

Desse modo, temos que a culpabilidade, em seus próprios fundamentos, se vincula à ação. Se a ação é expressão de sentido, a culpabilidade estabelece quem é o sujeito responsável por tal expressão. Dessa vinculação decorre que a ação *pressupõe* liberdade de agir, pois do contrário jamais poderia ser expressão de sentido. Com isso, a concepção de culpabilidade aqui defendida afasta-se completamente da ideia de livre-arbítrio.[146] Isso porque, embora seja a liberdade condição da existência da própria ação como expressão de sentido, isso não significa que a liberdade seja o fundamento concreto material da culpabilidade.[147]

Dentro da ideia de que a culpabilidade configura a pretensão de reprovação necessária à afirmação da pretensão de realização de justiça ao caso concreto através da aplicação específica de uma norma, teremos uma dimensão formal e outra material da culpabilidade. Formalmente, a culpabilidade se refere a todas as características referentes ao sujeito que o ordenamento jurídico estabelece necessárias para imputar-lhe responsabilidade penal e materialmente, representará uma pretensão de reprovação, baseada na análise concreta e circunstancial de sob que pressupostos é possível afirmar que determinado comportamento efetivamente foi livre. Resulta evidente aqui que se incluem análises de cunho sociológico a respeito dos condicionamentos pessoais e sociológicos dos agentes,[148] não desprezando, portanto, aspectos criminológicos relacionados com a chamada coculpabilidade. Porém, não se assume o determinismo, nem em sua vertente mais suave, posto que se trata de uma afirmação da liberdade que não despreza os condicionamentos e não da afirmação dos condicionamentos para a exclusão pura e simples da responsabilidade. Resumidamente, se pode dizer que a análise da culpabilidade é a análise concreta de se a expressão de sentido que traduz a atuação de uma pessoa que realizou uma

conduta incriminada transmite o sentido de que, no caso concreto, ela podia ter se portado de acordo com o que prescreve a norma.

De qualquer modo, a culpabilidade é um juízo de valor meramente normativo, expressando a reprovação ao sujeito conforme possa ser considerado *justo* exigir o comportamento devido de quem atuou concretamente, a partir da verificação de seus condicionamentos pessoais e sociológicos, bem como de sua capacidade motivacional e de compreensão da norma. A concepção da culpabilidade é nada mais do que a concepção de exigibilidade de ajuste ao direito, levando em consideração as condições situacionais do sujeito. "Atuará culpavelmente a pessoa de quem se possa exigir atuar conforme as normas."[149]

Para reprovar ao sujeito sua atitude, são necessárias então as afirmações de que o sujeito é capaz de entender e valorar suas condutas dentro do contexto das normas jurídicas (imputabilidade); e que atua sabendo que está violando o direito ou, ao menos, tendo possibilidade de estar ciente disso (consciência da ilicitude).

5 ESTRUTURA

Do ponto de vista estrutural, a proposição aqui adotada faz remanescer como elementos de discussão a respeito da afirmação da pretensão de reprovação tão somente a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude. Isso porque os elementos comumente tratados sob a égide da inexigibilidade de conduta diversa são agrupados na pretensão objetiva de ilicitude, no âmbito das chamadas permissões fracas.

Assim, por um lado amplia-se a logicidade do sistema, já que no âmbito das reprovações fica obedecido o caráter pessoal que possui o princípio de culpabilidade, orientador do tema e, por outro, se antecipa a discussão sobre as causas de exculpação, alcançando, com estas, inclusive os inimputáveis, solução essa há muito reclamada pela doutrina.[150]

5.1 Imputabilidade ou capacidade de culpabilidade

A imputabilidade refere-se à reunião de um conjunto de características pessoais

que tornam o sujeito capaz de ser uma pessoa à qual possa ser atribuída uma responsabilidade por um ilícito cometido. Para que se possa reprovar uma conduta, é necessário que seja demonstrado que o agente podia compreender, de maneira geral, o comando normativo.

Somente pode ser reprovada a conduta de alguém que seja capaz de compreender o que faz e de orientar sua conduta de acordo com essa compreensão.

A imputabilidade é, pois, em termos gerais, uma capacidade de compreensão e de valoração e atuação consequente com essa compreensão. Essa compreensão, valoração e atuação depende, evidentemente, da conjunção de fatores físicos, biológicos, psíquicos e psicossociais.

Desse modo, é possível dizer que a aferição da imputabilidade exige a análise de duas etapas consecutivas do comportamento: a primeira, consistente em uma capacidade de intelecção e compreensão da natureza ilícita do comportamento realizado, e outra, subsequente, de possibilidade de controle que permita atuar em consonância com tal percepção.

O Código Penal brasileiro define o que considera sejam os requisitos de imputabilidade por exclusão.[151] Faz um elenco de situações capazes de excluir a culpabilidade,[152] admitindo, por presunção, que todas as situações que ali não encontrem abrigo são condutas praticadas por agente imputável e, portanto, em princípio, dignas de reprovação.

A determinação de que o agente é imputável, capaz de culpabilidade ou capaz de ter sua atitude reprovada, vale dizer, que é apto a compreender o caráter ilícito dos fatos em geral e de comportar-se de acordo com essa compreensão, pode dar-se através de variados sistemas.

5.1.1 Sistemas de aferição

Pode-se aferir a imputabilidade a partir de um *sistema biológico*, onde o que é verificado é a existência ou não de anomalia psíquica, seja por estados mentais patológicos, desenvolvimentos mentais incompletos ou retardados, transtornos mentais permanentes ou transitórios. Para que se reconheça a inimputabilidade, basta

a existência de alguma dessas situações. A imputabilidade está atrelada à normalidade da mente.

Evidentemente, esse sistema falha porque deixa impune o portador de doença mental que possui discernimento com relação à hipótese em concreto, pois, afinal, nem toda doença mental incapacita completamente, para a compreensão de toda a vida de relação.

A segunda forma de aferição de imputabilidade é o chamado *sistema psicológico*, segundo o qual a imputabilidade depende da verificação das condições do agente no momento do fato, afastada preocupação sobre a existência ou não de doença mental. É necessária a demonstração de que o sujeito, quando agiu, o fez compreendendo o caráter ilícito do fato e agindo de conformidade com essa compreensão.

Esse sistema também apresenta falhas porque é de difícil averiguação, abrindo margem, por exemplo, a alegações frequentes de "perturbações dos sentidos" como forma de eximir-se de responsabilidade. Aliás, era exatamente esta a brecha que abria o Código Penal da República, de 1890, cujo texto a respeito da inimputabilidade falava em *estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commeter o crime*[153]. Não obstante, o modelo psicológico ainda conta com defensores.[154]

O Código Penal brasileiro procurou adotar um sistema misto, um *sistema bio-psicológico*, que congrega ambas as correntes. Ao fazê-lo, porém, estabeleceu a necessidade de coincidência das duas dimensões para a afirmação da imputabilidade. Dessa forma, será considerado inimputável apenas aquele que é portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, cujo problema mental seja a fonte da sua incapacidade de compreensão da ilicitude de suas condutas ou, em sendo possível compreendê-las, o inabilite para agir em conformidade com tal compreensão.

É imprescindível, ainda, que haja coincidência entre a presença da circunstância determinante da incapacitação, a falta de compreensão ou de determinação e a realização do ilícito, conforme deixa claro o art. 26 do Código Penal brasileiro com o

uso da expressão *no momento do fato*.

5.1.2 A exclusão da imputabilidade por menoridade

A única exceção à adoção do sistema biopsicológico no Brasil é aberta em face das pessoas menores de 18 anos, em face das quais o Código Penal brasileiro adotou uma teoria biológica,[155] estabelecendo um tratamento especial, sob a forma de uma presunção *juris et de jure* de inimputabilidade. Ou seja, os menores de 18 anos são considerados pessoas cujo desenvolvimento mental não se encontra completo, de modo a permitir-lhes uma correta apreensão da ilicitude ou a adoção de um comportamento ajustado a tal compreensão.

Em interessante análise histórica, Cláudio Brandão[156] refere que já "a *Constitutio Criminalis Carolina* estabelecia, no seu art. 164, que os ladrões com menos de quatorze anos não deveriam ser condenados à morte" e que o Direito Italiano medievo estabelecia as categorias do *infante* (menos de 7 anos) que era inimputável e do *impúbere* (menor de 14 anos) que era submetido a uma análise particularizada a respeito de sua capacidade de ser culpável, podendo chegar à impunidade ou à pena atenuada, reservando a responsabilidade para os maiores de 14 anos.

No caso brasileiro, a regra é de não submissão ao direito penal dos menores de 18 anos, determinada não apenas pela lei, mas pela própria Constituição da República.[157] No entanto, ao autor de injusto, sendo menor de 18 anos, é imposto o regramento do Estatuto da Infância e Juventude, Lei nº 8.069/90.

A presunção de inimputabilidade leva em consideração o dia e não o horário de nascimento, para a contagem dos 18 anos.

Caso a hipótese seja de crime permanente, como a consumação se distende cronologicamente, havendo parte da consumação ocorrida quando o agente era maior de 18 anos, há responsabilidade pelo fato.

O Supremo Tribunal Federal[158] entende que, em sendo a menoridade causa de presunção *juris et de jure* de inimputabilidade, sua demonstração exige amparo de prova documental.

Por impulso midiático e sensacionalismo a respeito de casos concretos de mortes de pessoas praticadas por menores de idade volta a lume a questão da diminuição dos limites de idade de responsabilidade penal. Essa é, sem dúvidas, uma aberrante proposta punitiva para solução de problemas sociais e não merece qualquer consideração ou trato científico, mas somente uma advertência: uma atitude dessa natureza ampliaria a faixa de pessoas suscetíveis aos nefandos e degradantes efeitos da intervenção do sistema penal, piorando mais a condição social e agravando os problemas que o discurso punitivo falacioso diz resolver.

Por outro lado, é igualmente certo que a adoção do critério puramente biológico com bilateralidade de presunção absoluta é uma fórmula muito ruim. Presumir de modo absoluto que uma pessoa com 17 anos de idade tem uma compreensão genérica a respeito do ilícito que obedece o padrão de outra de 12 anos e é exatamente o contrário da compreensão de um terceiro de 18 anos é, no mínimo, uma má solução.

D e *lege ferenda*, a melhor opção é claramente a adoção de um sistema de franjas, no qual haja uma presunção absoluta de inimputabilidade para as crianças, menores de 12 anos – estabelecendo aqui um paralelo com a Lei 8.069/90 –, e a presunção absoluta de imputabilidade a partir dos 18 anos, remanescendo o período entre 12 e 18 anos sob o reconhecimento de uma imputabilidade relativa, a qual deva ser demonstrada em prova pericial, com critérios psicológicos, a cargo da acusação, caso a caso.[159] Essa é mais uma situação em que a tópica viria em socorro da jurisprudência na solução de *hard cases*. É evidente que a aplicação de um *Direito penal do menor* para os casos de demonstrada imputabilidade real não teria as mesmas características quanto às consequências jurídicas do delito em face do *Direito penal* aplicado a imputáveis, merecendo desenho próprio que, no entanto, seria denominado por sua natureza real.

Como consequência benéfica desse sistema remanesceria a quebra da falsidade que se oculta por trás das discriminatórias e agressivas medidas de segurança aplicáveis sob a égide do discurso *infracional*, cujos efeitos deletérios para o Direito penal do menor consistem basicamente na supressão de garantias e na provocação de uma falsa impressão de impunidade.[160]

5.1.3 *A exclusão da imputabilidade por doença mental e o desenvolvimento men incompleto ou retardado*

Aqui o critério é biopsicológico, ou seja, é necessária a demonstração de um problema mental que possa afetar a capacidade de compreensão da ilicitude do fato ou a possibilidade de atuar conforme o direito.

Trata-se de um processo biológico que provoca a alteração psicológica e, com isso, a capacidade de intelecção e volição do agente.

Não basta que haja um ou outro, mas devem estar os dois elementos presentes e ainda haver relação entre um e outro.[161]

O conceito de doença mental é vago, mas deve ser interpretado de modo mais amplo do que o critério médico define.[162] São exemplos de doença mental a psicose maníaco-depressiva, a esquizofrenia, a alienação mental, a paranoia, os distúrbios obsessivo-compulsivos e as formas de demência. Incluem-se aqui, também, os casos de processos tóxicos crônicos que afetam o sistema nervoso central, associados a dependências químicas, tais como o alcoolismo ou a toxicomania. Há autores que classificam as doenças mentais aflitivas da imputabilidade segundo a sua etiologia em endógenas e exógenas.[163] O desenvolvimento mental incompleto pode ser exemplificado com o caso dos surdos-mudos que sofrem com a sublimação da capacidade de interação, pois mesmo que sejam capazes de comunicação por sinais, têm reduzida a sua possibilidade de participação na vida social. Ademais, não se pode olvidar que não basta a condição de ser surdo-mudo, mas sim a conjunção dessa condição com a incapacidade de compreensão e volição.[164] Do mesmo modo, os silvícolas que não se tenham adaptado à vida cultural, pois não se lhes pode esperar compreensão e obediência a regras cujo sentido não podem alcançar.[165] O conceito de desenvolvimento mental retardado é especialmente voltado para alcançar as hipóteses de oligofrenia.

Não basta, porém, a presença de uma dessas situações, há que ser feita uma aferição do aspecto intelectivo e volitivo afetado por elas. Deve existir uma concreta relação entre a doença ou transtorno incapacitante e a efetiva falta de compreensão ou determinação no momento do fato.

5.1.4 A responsabilidade penal diminuída. Uma ficção para justificar a punibili indemonstrada

O art. 26, parágrafo único, do Código Penal brasileiro cria uma situação *sui generis*, em que o sujeito não é *inteiramente* capaz de entender o caráter ilícito do fato ou *inteiramente* capaz de comportar-se de acordo com esse entendimento. Nessa hipótese, o que se prevê é a aplicação de pena, com especial diminuição.

Fala-se que a hipótese é de semi-imputabilidade, semiculpabilidade ou responsabilidade diminuída, expressões todas passíveis de críticas.[166]

Isso porque, na verdade, o que o Código faz é considerar o agente responsável e imputável, por entender que ele possui alguma consciência da ilicitude, porém, lhe reserva uma pena diminuída que não possui qualquer fundamento técnico ou teórico.

Sustenta-se que o castigo menor se deve a ter o réu agido com *menos reprovabilidade de conduta*, em consequência de suas condições pessoais. Fala-se em *indivíduos fronteiriços*,[167] que por influência de fatores biológicos (perturbações e não *doenças* mentais) não captam de modo completo o sentido das regras de convivência.

O que parece ser olvidado nessa construção é que a norma se aplica a hipóteses concretas, relacionadas a fatos determinados. Há algo que o agente fez, ou deixou de fazer, que o coloca na condição de autor de um injusto. A afirmação de culpabilidade se dá em face desse injusto e, embora a imputabilidade seja uma condição genérica, ela só pode afirmar culpa em face de um caso concreto.

Qualquer que seja a condição do agente, sua relação com o fato somente pode ser de duas ordens: ou ele compreendeu que sua atitude é ilícita, ou não. Ou ele sabe que sua conduta contém um desvalor social, ou não. Do mesmo modo, sua doença, seus problemas, ou o que quer que seja, podem determinar que ele não possua controle sobre suas atividades, apesar da compreensão de sua característica de ilicitude (nas compulsões e manias, por exemplo) ou, ao contrário, pode ser que ele consiga sublimar os impulsos. De qualquer sorte, trata-se de um compasso binário. O sujeito ou sabe ou não sabe que age ilicitamente em face do caso concreto e/ou pode ou não pode controlar-se. Simplesmente não há outras hipóteses.

Situação muito diferente é a questão de atribuição. Ontologicamente, ou houve ou não a capacidade de culpabilidade em face do caso concreto, porém, atributivamente, muitas vezes os juízes se deparam, por exemplo, com perícias que resultam incapazes de afirmar com certeza se no momento do fato a doença ou a perturbação inviabilizou a capacidade de culpabilidade do agente ou não.[168]

Nesses casos, o sujeito ou é imputável ou é inimputável, a semi-imputabilidade não existe. Na verdade, o que existe é a incapacidade dos Tribunais de demonstrarem a imputabilidade.

Nesse caso, a solução correta seria a absolvição por aplicação do *in dubio pro reo* e não a presunção de imputabilidade. Afinal, existem indícios (a presença de doença mental ou distúrbio mental) da falta de capacidade de culpabilidade e a aferição real não pode ser realizada.

Por outro lado, concretamente no que se refere à legislação brasileira, por paradoxal que pareça, as consequências penais da prática de injusto reservadas para os inimputáveis são ainda piores do que as reservadas para os imputáveis.

Os itens nº 87 a 94 da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecem a vedação de cumulação entre penas e medidas de segurança, o que é uma coisa positiva. Porém, o Código não adota um verdadeiro sistema *vicariante*, porquanto não limita o prazo das medidas de segurança, estabelecendo a necessária proporcionalidade com as penas. O resultado é que temos medidas de segurança por prazo indeterminado.

Sendo assim, ainda que tecnicamente seja incorreto, do ponto de vista prático, a opção pela semi-imputabilidade pode ser a melhor saída em termos de minimização da resposta penal, mesmo que totalmente equivocada em seus pressupostos.

Visto globalmente, a fórmula adotada pelo Código resulta, no mínimo, curiosa. Reserva uma consequência do injusto mais grave para quem não compreendeu que pratica um fato antijurídico do que a consequência reservada para aquele que compreende perfeitamente o que faz e, para aquele que o Estado não sabe se compreendeu ou não o que fazia, uma consequência menos grave ainda.

Realmente, qualquer pretensão de raciocínio lógico fica prejudicada diante

dessa constatação.

5.1.5 Emoção e paixão (um contra-critério)

A *praxis* forense determinou a criação legislativa de um verdadeiro contra-critério. A frequente referência a atuações sob o efeito de violenta emoção ou paixão como formas de pretender exculpar comportamentos contrários ao direito conduziu o legislador a estabelecer de modo categórico e positivo tal impossibilidade ou irrelevância.

Assim, para nosso ordenamento jurídico, não excluem a imputabilidade a emoção, considerada "um estado de explosão afetiva",[169] ou a paixão, tratada como "um estado prolongado de emoção".[170]

Por influência do positivismo de cunho criminológico, no início do estudo dessas circunstâncias foram divididas as emoções e paixões em sociais (amor, piedade, patriotismo) e antissociais (ódio, inveja, ambição), prescrevendo a impunidade para as primeiras e o agravamento de pena para as últimas. Hoje, porém, a relevância de tais temas para a imputação resta afastada.

Resquícios da antiga compreensão são mantidos em nosso Código Penal, não mais sob forma de isenção de pena, mas como diminuições ou aumentos, como demonstra a inclusão de atenuantes genéricas (art. 65, III, *c*, última parte)[171] e causas especiais de diminuição de pena (arts. 121, § 1º,[172] e 129, § 4º),[173] agravantes genéricas (art. 62, IV)[174] ou qualificadoras (art. 121, § 2º, inciso I).[175]

É justa a preservação somente de atenuantes e agravantes, causas de aumento e diminuição, porque as motivações humanas não podem ser desprezadas. Porém, é certo também que o crime é em si uma situação que, na imensa maioria das vezes, estará associada a alguma classe de emoção singular, todas elas, também em regra, incapazes de afastar a correta compreensão do desvalor social do fato.[176]

Não obstante tal constatação, ainda existe parte da doutrina que entende que esses aspectos não podem ser desprezados como determinantes da avaliação de presença ou não de imputabilidade, como formas de "redução da capacidade de culpabilidade".[177]

5.1.6 Embriaguez

Um tema mais complexo é a tratativa jurídico-penal da embriaguez. O Código Penal brasileiro, seguindo uma tendência dos modelos europeus continentais, não estabelece com rigidez categórica uma opção pela imputabilidade ou inimputabilidade daquele que atua sob efeito de álcool, optando por uma posição mista onde a maior parte dos casos é tratada como imputabilidade com o socorro da chamada teoria da *actio libera in causa* e, como exceção, prevendo hipótese mais rara de inimputabilidade.

A embriaguez é a intoxicação aguda e transitória, causada pelo álcool ou outra substância de efeitos análogos, que privam o sujeito da capacidade normal de entendimento.

Quanto à iniciativa do agente, a embriaguez pode ser: (a) voluntária: quando o sujeito se embriaga propositadamente; (b) preordenada: quando o sujeito se embriaga com o propósito de cometer um crime; (c) culposa: quando o sujeito excede o seu limite de tolerabilidade sem intenção; ou (d) fortuita: decorrente de caso fortuito ou força-maior. Quanto aos graus de afetação dos sentidos, costuma-se classificar a embriaguez em: (a) incompleta: que implica o relaxamento dos freios inibitórios; (b) completa: que produz ausência de consciência e vontade livres; e (c) comatosa: que provoca a inconsciência, o sono profundo.

O Código Penal reserva a possibilidade de exclusão da imputabilidade por embriaguez para um único caso: quando completa e fortuita, ou seja, quando capaz de afetar a consciência e a vontade livres e determinada por caso fortuito ou força-maior. A embriaguez por força--maior é aquela em que o sujeito sofre a influência de uma intervenção externa, à qual não consegue resistir. Ele tem ciência do que se passa, mas não pode impedir. São os casos de narcotização forçada, por exemplo. Na embriaguez fortuita, o sujeito desconhece o processo pelo qual sobrevém a embriaguez, como por exemplo, na ingestão de medicamentos que, fora das prescrições previstas, por reações orgânicas específicas do indivíduo, provocam-lhe inesperada sonolência ou descontrole motor.

Todas as demais combinações entre as diferentes formas de embriaguez levam à

preservação da responsabilidade penal. A embriaguez patológica, o alcoolismo, é tratado como uma forma de psicose ou doença mental, portanto, não é objeto das disposições legais relativas à embriaguez, mas sim àquelas próprias da inimputabilidade por doença mental.[178]

Cumpre lembrar que ao entorpecido por outras substâncias de efeito análogo é dado o mesmo tratamento emprestado ao ébrio alcoólico.

Aliás, como já visto em detalhes no capítulo 6, item 2.2.3., para onde se remete o leitor, também cabe distender, em analogia a favor do réu, a isenção por perturbação mental (art. 28, § 1º) por caso fortuito ou força maior, as condutas realizadas sob efeito de hipnose ou em estado sonâmbulo. afastando-se a responsabilidade por falta de imputabilidade. Isto porque, não se trata de não ter atuado, mas de não ter atuado com plena consciência do que se fazia.

Outrossim, especificamente no que tange à embriaguez, a solução ofertada pelo Código traz em seu bojo um claro problema: se a imputabilidade é aferida em face do caso concreto, é necessário afirmar que a pessoa atuou, naquele momento, consciente de que praticava um ilícito e em condições de conduzir sua vontade. Ora, isso é tudo o que não se pode afirmar a respeito do ébrio.

Assim, a estrutura punitiva mantém esse castigo através do uso de um artifício jurídico construído na Idade Média, denominado *actio libera in causa*, ou ação livre em sua causa. O conteúdo da proposição é o seguinte: a causa do evento delitivo é a conduta do agente que está embriagado, mas a causa dessa embriaguez implica o seu conhecimento e sua vontade. Portanto, o agente foi livre na causa da embriaguez que, ao final, foi causa do resultado. Resta justificada a punição pela teórica liberdade que o sujeito teve em embriagar-se. Daí a consequência de restar excluída a embriaguez fortuita. Pela mesma razão, exige-se que a embriaguez seja completa, porque do contrário, o fato fortuito que está na origem não é determinante completo da atuação presente. Restando algum controle da vontade, a responsabilidade recai ainda sobre o sujeito, porém, caso ele esteja em situação em que resulte impossível determinar concretamente o nível de sua afetação intelectual no momento do fato, o art. 28, § 2º, do Código Penal brasileiro[179] reserva a ele um tratamento idêntico àqueles mal

denominados *semi-imputáveis*.

A ideia da *actio libera in causa* tem origem no princípio romano do *versari in re ilícita*, de larga utilização no direito canônico, que propõe uma espécie de responsabilidade objetiva, pois relaciona como obra do sujeito, atribuível a ele, tudo o que ele realiza a partir de uma conduta prévia ilícita: *Qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*, ou seja, quem se envolve com coisa ilícita é responsável pelo resultado fortuito posterior.

Há duas fases: a primeira, ato livre de colocar-se em estado de inimputabilidade, a segunda, ato não livre, de cometer o crime. As ações livres em sua causa podem ser ativas ou omissivas, dolosas ou culposas.

Historicamente, o primeiro registro de comentários provém de Aristóteles, que propunha para os ébrios uma pena dupla, pelo mal causado e pela ebriez. Dizia o filósofo: “Na verdade, até ocorre que um homem seja punido por sua própria ignorância, no caso de ser julgado responsável por ela, como nas penalidades dobradas para os ébrios. Com efeito, o princípio motor está no próprio indivíduo, pois ele tinha o poder de não se embriagar, e o fato de ter-se embriagado foi a causa da sua ignorância”.[180]

Os práticos italianos (pós-glosadores) Bonifácio de Vitalinis e Farinaccio é que estabeleceram as bases da teoria da *actio libera in causa*, sustentando que o sujeito em estado de embriaguez não deve ser castigado, a menos que tal embriaguez seja voluntária. Visava, portanto, alcançar a punibilidade daqueles casos de embriaguez preordenada.[181]

Evidentemente, o caso da embriaguez preordenada representa uma situação em que o agente busca a sublimação de seus freios inibitórios para conseguir realizar o ilícito que, caso não fosse castigada, levaria ao uso constante de álcool como forma de se refugiar das possíveis consequências penais. Daí que o Código Penal brasileiro preveja a hipótese como agravante genérica.[182]

Embora os antigos somente cuidassem da teoria em relação à embriaguez preordenada, hoje ela se estende a todos os sujeitos que se colocam deliberadamente em estado de inimputabilidade, por qualquer forma, seja voluntária, culposa ou

preordenada. Por exemplo, o guarda que ingere um narcótico para dormir enquanto ladrões praticam furto. Trata-se da adoção da chamada *teoria da exceção*,[183] que considera essa uma situação de exceção em face da exigência de coincidência temporal entre a consciência e a conduta.

O que ocorre é que não é a natureza da embriaguez – se culposa ou voluntária – que determina o dolo ou imprudência da imputação, mas sim o elemento subjetivo relativo ao tipo penal praticado, e nisso reside a injustiça da solução. Há uma evidente equiparação entre a vontade do ébrio e a vontade da pessoa plenamente consciente.[184]

Em qualquer caso, mantidos os pressupostos de um conceito ontológico de ação, surge a óbvia circunstância de incompatibilidade por não serem contemporâneos o momento da ação e o momento da consciência. Essa postura foi veementemente criticada por Basileu Garcia, nos seguintes termos:

> "Não percebemos o nexo de causalidade psíquica entre a simples deliberação de ingerir bebida alcoólica e um crime superveniente. O agente não pensa em delinquir. Nem mesmo – admita-se – supõe que vai embriagar-se. Entretanto, embriaga-se totalmente e pratica lesões corporais num amigo. Parece-nos um exagero dizer que ele procedeu com dolo, mediante a aplicação do princípio regulador das *actiones liberae in causa*."[185]

Cezar Bitencourt[186] critica veementemente a consagração dessa postura na *praxis forense*, propondo que para a aplicação da *actio libera in causa* deveria ser levada em conta também a deliberação do sujeito na fase livre (resolução) integrada ao elemento dolo ou culpa, ligado ao resultado, tal como quer a chamada *teoria do tipo*, que pretende fazer com que a análise do tipo implicaria considerar a culpabilidade *no momento da liberdade de atuação,*[187] ou seja, no momento da atividade livre de embriagar-se. Efetivamente é justa a proposição,[188] porém, não pode ser alcançada por um modelo de ação ontológico, que tem por objeto das valorações jurídicas apenas o ato físico de prática delitiva. Quiçá o alcance dessa

solução, bastante mais justa, dependa antes de uma revisão de conceitos a respeito do que é relevante em termos de ação para o direito penal.

Sem dúvida alguma, a ideia de *actio libera in causa é uma construção deveras artificial. Por outro lado, as motivações da embriaguez e as circunstâncias de sua ocorrência, bem assim o nível de influência na capacidade intelectiva do sujeito*, não são nem podem ser elementos desprezíveis a respeito da imputação.

5.1.6.1. Uma aproximação do problema da embriaguez a partir da concepção significativa da ação. O abandono da *actio libera in causa*

A única solução que permite o abandono da *actio libera in causa* oferecendo soluções razoáveis para a imputação é a adoção de uma concepção significativa de ação, em que a ação global deve ser considerada em todas as suas circunstâncias. Tomada a ação, como quer Vives Antón, sob a forma de expressão de sentido comunicativo, o tipo de ação será identificado tomando o móvel geral do sujeito no global de atos que compõem a sua significação.

Desde 2003[189] venho defendendo a possibilidade do abandono da teoria da *actio libera in causa*, a partir da consideração de que os problemas que se tenta resolver com socorro da referida teoria podem ser atingidos, com maior grau de alcance, de uma pretensão de justiça através da concepção significativa da ação, desenvolvida por Vives Antón.

Os grandes problemas da *actio libera in causa* residem precisamente em uma falta de coincidência entre o momento ontológico da ação e o momento ontológico em que o autor se encontra consciente do que faz. Portanto, o problema deriva basicamente de que se toma por dado que a ação é um conceito ontológico-natural. Desfeito este equívoco, o problema da falta de coincidência desaparece instantaneamente.

Tomando por base a concepção significativa de ação desenvolvida por Vives Antón a partir da filosofia da linguagem, a ação não é uma realidade ontológica nem um conceito normativo, mas uma expressão de sentido, a ser compreendido contextualmente e não simplesmente descrito como um dado ontológico. Essa

compreensão exige que se considere o conjunto os atos que compõem a ação como fórmula de expressão de sentido e se aprecie o contexto global do atuar do agente, do qual derivará o significado[190]. Todos os aspectos e circunstâncias em que se desenvolve essa ação devem ser levados em conta para capturar sua efetiva expressão de sentido. Estas variáveis, naturalmente, incluem o ato de embriagar-se e o contexto em que isso se realiza.

Deste modo, a própria subdivisão dos momentos distintos que compõem o cerne da discussão sobre a *actio libera in causa* deixam de ter lugar, pois o fato como um todo é que será considerado comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, conforme o caso.

Nos casos de delitos cometidos por pessoas que previamente se embriagam, há que se levar em conta o ato de ingestão de álcool como apenas um dos dados que compõem o global das circunstâncias levadas em consideração para aferir o sentido da ação toda. Desse modo, ainda que ele influa na atribuição de responsabilidade, jamais será isoladamente determinante dela ou mesmo vinculante para ela. Ao invés de desdobrar a conduta do ébrio que comete um delito em duas etapas distintas de realização ontológica, todos estes dados ontológicos são analisados globalmente, desde o ato de embriagar-se até o ato tipicamente delitivo, com todas as variáveis entre um e outro, como partes de uma única ação que será valorada desde o ponto de vista da imputabilidade.

Portanto, todas as circunstâncias envolvidas poderão funcionar como indicadores de que o agente será responsabilizado dolosa ou culposamente.

Tomadas tais premissas, resulta bastante óbvio que o resultado dos casos que comportam imputação será sempre mais restritivo do que a concepção tradicional da *actio libera in causa* adotada pelo regime do Código Penal.

Para que haja responsabilização por dolo, será preciso identificar, no contexto, a existência do compromisso para com a produção do resultado. Por isso, na maior parte das vezes, tais casos coincidirão com os de embriaguez preordenada.

Por exemplo, o ato de colocar-se deliberadamente em estado de embriaguez com a finalidade de liberar-se dos freios inibitórios para matar alguém seguida do ato de

matar compõem um todo da ação que deve ser analisada para a aferição da imputabilidade, tornando o sujeito responsável dolosamente pela conduta.

E com relação às hipóteses de responsabilidade por imprudência, a identificação necessária será da dupla falta de compromisso: para com a produção do resultado e para com a obediência do dever de cuidado, com a criação e realização de um risco não permitido, o que faz com que a maioria dos casos se traduza pelo que a doutrina tradicional chama de embriaguez voluntária e culposa, com a exigência de que sobrevenha o resultado típico.

Por exemplo, caso o sujeito se embriague culposa ou dolosamente, sem qualquer evidência de que planeja a realização de um delito, porém termina por cometê-lo, serão analisados globalmente, nos limites entre dolo eventual e a culpa (consciente e inconsciente).

Desse modo, o resultado será sempre restritivo, pois a sanção somente poderá derivar dolosamente de dolo pré-constituíido, ou seja, de compromisso para com a produção do resultado, cujos casos coincidirão, quase integralmente, com os de embriaguez preordenada, ainda que não obrigatoriamente. A responsabilidade imprudente será aplicada para as hipóteses em que do conjunto de atitudes do sujeito se possa revelar a ultrapassagem dos limites do risco permitido, que coincidirão, de regra, com alguns casos de embriaguez voluntária e culposa, ainda que também não obrigatoriamente.

As ressalvas derivam de que a depender das variáveis, uma coisa poderá se transformar em outra. Isso porque a análise do contexto pretende a inclusão das variáveis capturadas sob forma de evidências para fins de análise global do fato e, ainda que joguem um papel decisivo, o enquadramento típico, bem como aquilo que o réu tenha eventualmente gerado de provas a respeito de sua pretensão antes do ato de embriagar-se, a multiplicidade das variáveis é enorme, permitindo a conversão de uma coisa em outra, tendo em conta o volume e importância de tais variáveis. A questão obrigatoriamente comportará análise tópica, sem qualquer probabilidade de formação de *standards a priori*. Menos ainda desde a assunção da vetusta teoria da *actio libera in causa*.

O resultado final, de qualquer forma, é deveras restritivo em face das soluções hoje aplicadas e mais garantista, na medida em que permite o abandono do odioso instrumento da *actio libera in causa.*

5.2 Potencial consciência da ilicitude ou conhecimento do injusto

A par da capacidade de motivar-se pela norma típica (imputabilidade), a pretensão de reprovação pela presença de culpabilidade exige que o sujeito tenha possibilidade de conhecer a ilicitude de seu comportamento, o que ocorre nessa etapa.

Como critério normativo, não pretende afirmar o que o autor conhece a respeito da ilicitude, mas somente o que ele podia conhecer. Trata-se de verificar, normativamente, uma “possibilidade”.

Parte da doutrina considera o estudo da consciência da ilicitude o tema mais intrincado da teoria do delito.[191]

O ponto de partida aqui deve ser a consideração de que a análise da existência efetiva da consciência na mente do indivíduo é impossível, porquanto inacessível, pelo que o juízo de reprovação reside apenas na possibilidade normativa de determinação hipotética das possibilidades de compreensão e determinação do sujeito em face do caso concreto, tomando em conta suas condições culturais, psicológicas e jurídicas, sua capacidade de receber instruções, assessoramento e sua possibilidade de acesso a meios que permitam informar-se e conhecer sobre o injusto praticado.

A hipótese reversa, ou seja, a conclusão pela impossibilidade de acesso à compreensão do injusto, conduz ao reconhecimento do chamado erro de proibição.

A pretensão de reprovação é referida ao autor, mas relativa ao fato por ele praticado. Assim, é justamente no reconhecimento de que tinha consciência de atuar contra o direito que reside a própria essência da pretensão de reprovação como juízo de potencial consciência da ilicitude.[192]

A consciência da antijuridicidade ou ilicitude, porém, como conceito normativo, não se dirige à aferição da presença efetiva do conhecimento do ilícito, mas apenas à possibilidade de existir essa percepção, pelo que trata-se de uma *potencial*

consciência da ilicitude, que significa reunir condições de perceber, dadas as circunstâncias concretas, que se está realizando um ilícito.

Portanto, é necessário saber qual é o *significado* ou *sentido* dessa consciência da ilicitude. É preciso verificar, em primeiro lugar, o que traduz esse elemento, se é o conhecimento da lei, a apreensão do conteúdo de determinação da norma jurídica ou ainda a percepção do desvalor social da conduta.[193]

5.2.1 Objeto do conhecimento

O que, afinal, deve ser o conteúdo da consciência da ilicitude? A doutrina, a esse respeito, não é unânime, cumprindo apresentar as diferentes perspectivas a respeito.

Há quem defenda que a análise da culpabilidade refere-se à verificação da possibilidade de o sujeito conhecer *formalmente* a ilicitude, ou seja, se o agente pode perceber que existe uma norma proibitiva do seu comportamento.[194]

A posição encontra ainda defensores em uma vertente moderna,[195] segundo a qual entende necessário o conhecimento formal da antijuridicidade, pois somente é exigível que o sujeito se abstenha do que ele sabe ser punível.

Evidentemente, essa perspectiva não é aceitável em um Estado democrático de direito. A presunção de que todos devam conhecer a lei é uma ficção absurda. Como bem observa Cláudio Brandão, "se no meio de dezenas de milhares de leis, nem mesmo os operadores do direito sabem-nas todas, que se dirá, portanto, dos indivíduos estranhos ao ambiente jurídico".[196]

A adoção de um modelo exigente da demonstração de uma potencial capacidade de compreensão formal da ilicitude teria efeitos nefandos tanto de um ponto de vista técnico quanto de um ponto de vista prático. No aspecto técnico, a presunção de que a todas as pessoas resulta possível conhecer as leis incriminadoras torna o sistema penal claramente proclive a um odioso perfil totalitário. No aspecto prático, se a afirmação da potencial consciência da ilicitude dependesse das condições de que as pessoas conhecessem o conteúdo das leis incriminadoras, levaria a reservar a possibilidade de responsabilização penal apenas para um grupo mínimo de juristas.

Desde um segundo ponto de vista, propõe-se que a análise da consciência da ilicitude tenha por objeto a ciência do caráter *antissocial* da ação praticada, expresso em uma ideia geral de proibição jurídica, bastando à afirmação da potencial consciência da ilicitude que possa o agente perceber que pratica um fato juridicamente reprovado.

Esse conteúdo *material*,[197] por assim dizer, da consciência sobre o que é proibido, pode ser visto de distintas maneiras: quer como uma consciência ética que é naturalmente atrelada à consciência jurídica;[198] quer como derivação de internalização de valores sociais como o bem jurídico, risco não permitido ou relevância do dano, procedente do agir comunicativo;[199] quer ainda como a valoração paralela na esfera do leigo, idealizada por Mezger,[200] e que é a tese mais aceita até hoje pela doutrina.[201]

A tese mais antiga, criada e desenvolvida por Mezger, é a que contempla a ideia da valoração paralela, do leigo, nos seguintes termos:

> "A exigência no dolo do conhecimento (previsão) da antijuridicidade da ação não deve, agora, por sua vez, ser entendido no sentido de subsunção jurídica; pois, caso contrário, também aqui, de novo, somente poderia cometer delito o jurista. [...] há de entender-se esse conhecimento do significado como valoração paralela do autor na esfera do leigo, ou, exposto mais claramente: como uma apreciação da ação no círculo de pensamentos da pessoa individual e no ambiente do autor, orientada no mesmo sentido que a valoração jurídico-legal da ação. Mediante ela, deve ser caracterizada tal ação como antijurídica. Portanto, o autor, para proceder dolosamente, precisa saber que faz algo proibido. A determinação sobre se efetivamente possuiu esse conhecimento, corresponde à livre apreciação do juiz."[202]

Roxin[203] propõe, ainda, uma variação pretendidamente intermediária, identificando o objeto da consciência da ilicitude como o entendimento sobre a existência de uma lesão ao bem jurídico protegido pelo tipo de injusto. Roxin entende que conhecer a *danosidade social* é insuficiente, conhecer a *punibilidade legal* da

ação é desnecessário. Para o autor, a consciência da ilicitude significa que o sujeito sabe que sua ação não está juridicamente permitida, mas sim proibida.

Não parecem essas as melhores soluções, mesmo sendo as de maior receptividade doutrinária. Isso porque segue existindo aqui uma *standartização* imprópria ao caráter pessoal que deve ter o juízo de culpabilidade. A valoração do *profano*, do *leigo* é, na verdade, a valoração de *um* leigo, de *um* profano que, na realidade, não é leigo!

É que o encarregado de reconhecer a potencial consciência da ilicitude é o juiz e, portanto, ele verificará se o sujeito possuía condições de conhecer o caráter ilícito do fato como um leigo. Ocorre que a valoração do juiz não é a de um leigo. Como seria possível ao juiz conceber o pensamento de um leigo se esse não é o pensamento do próprio juiz? Não existe ontologicamente nenhum processo humano de *desconhecimento* de um objeto previamente apreendido, salvo os acidentes encefálicos. Assim, como poderá o jurista despir-se da condição de jurista e avaliar o que é o conhecimento *leigo* da ilicitude?

Obviamente, a *vagueza* desse conceito não permite dotar a imputação do caráter pessoal referido ao autor, nem mesmo em sua forma matizada, proposta por Roxin.

Em tempos de afirmação da culpabilidade com dimensão social, do princípio de coculpabilidade e da funcionalização do sistema penal em prol da ideia de mínima intervenção, é absolutamente necessário incluir nessa valoração um componente pessoal comunicativo, ou seja, é imperioso valorar a possibilidade de conhecer o injusto a partir das condições que o sujeito expressa em seu agir comunicativo. Só assim estarão incluídas todas as variáveis pessoais de sua evolução social e vida de relação, de modo a permitir uma análise pessoal dessa componente da culpabilidade.

5.2.2 A falta de potencial consciência da ilicitude e seus efeitos

Se a situação concreta não permite a compreensão de que o sujeito atuou com capacidade de compreensão a respeito da ilicitude do fato praticado, uma vez que as circunstâncias transmitem o sentido da ausência de tal compreensão, de modo pontual, a situação deve ser reconhecida como um erro de proibição.

O erro de proibição consiste, pois, no reverso da medalha da existência da potencial consciência da ilicitude.

Porém, a situação de erro *(Irrtum)* aflige toda a teoria do delito e, de consequência, razões didáticas recomendam que tal análise não seja feita de modo global, evitando o fracionamento específico que derivaria da tratativa do erro de proibição dentro do tópico relativo à potencial consciência da ilicitude.

Basta aqui deixar sentado que da análise normativa da situação concreta em face do sujeito pode derivar a conclusão de estar presente a possibilidade de conhecimento a respeito do injusto praticado, com o que resta conformada a potencial consciência da ilicitude, derivando na presença da pretensão de reprovação. De outro lado, a conclusão pode ser a de que as circunstâncias não transmitem o sentido de que a atuação deu-se com possibilidade de conhecimento do injusto, o que conduz ao reconhecimento da incidência do erro de proibição, o qual pode levar à impunidade, quando não, à redução de pena.

A situação fronteiriça é a chamada circunstância de dúvida.

Caso diante dos elementos concretos a conclusão não seja de que o sujeito poderia saber que sua conduta era ilícita, mas tampouco seja possível afirmar categoricamente que ele não tinha condições de saber, mas sim que as circunstâncias levaram-no à dúvida sobre a ilicitude ou ilicitude do comportamento, o caso se torna mais intrincado.

Em geral, a doutrina se inclina por reconhecer um afastamento da possibilidade do reconhecimento do erro de proibição,[204] posição que parece inaceitável.

A situação de dúvida gera necessário reconhecimento do erro de proibição,[205] remetendo a discussão ao segundo plano: o dos limites a respeito do dever de informação.[206]

---

[1] Nesse sentido, Tomás S. Vives Antón. *Fundamentos del Sistema Penal.* Valencia Tirant lo Blanch, 1996. p. 487, refere que "a reprovação – não a pena – restitui ao delinquente sua dignidade de ser racional, porque se dirige a ele como pessoa

e se lhe trata como sujeito, não como objeto”.

2 Idem, p. 487.

3 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 200.

4 LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho penal*. 4. ed. Trad. de Luis Jiménez de As Madrid: Reus, 1999. v. II, p. 390.

5 De modo semelhante, o comentário de Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Dire penal. Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 330-331.

6 Veja-se, a respeito: MOURA, Gregore. *Do princípio da coculpabilidade*. Niteró Impetus, 2006.

7 Não se perca de vista que a questão da *exigibilidade de conduta diversa*, nesta o é tratada como um problema de pretensão de ilicitude e não pretensão de reprovação. A menção a este dado como elemento da culpabilidade, aqui, deve-se simplesmente ao fato de que os autores que trabalharam a ideia de coculpabilidade, assumem, de modo geral, a perspectiva clássica de uma culpabilidade que inclui o elemento *exigibilidade de conduta diversa*.

8 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – ***a culpabilidade***, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

9 Art. 59. O juiz, ***atendendo à culpabilidade***, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

10 Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a esse cominadas, ***na medida de sua culpabilidade***.

11 Originalmente, a tese foi proposta por René Ariel Dotti em sua monografia aprova no II Curso de Especialização em Direito penal e Processual penal da PUC-SI em novembro de 1975. (confira-se em DOTTI, René Ariel.*O incesto*. Curitiba; Guignone, 1975, pp.173 e ss. Assumiram o mesmo ponto de vista, em decorrência de opinião de Dotti, autores como Damásio de Jesus (JESUS Damásio E. *Direito penal. Parte Geral*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 499-501); e GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Anton *Direito penal. Parte Geral. v. 2.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 544. Mais recentemente, o Professor René Dotti retomou o assunto monograficamente, reiterando seu ponto de vista e colacionando novos argumentos de reforço em DOTTI, René Ariel.*A posição sistemática da culpabilidade*. Porto Alegre: Nura Fabris, 2013 e na mais recente edição de seu curso: DOTTI, René Ariel.*Curso de Direito penal. Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp 509 e seguintes.

12 A doutrina flagrantemente majoritária defende que a culpabilidade faz parte do conceito analítico de crime. Veja-se, por exemplo: GARCIA, Basileu *Instituições de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. I, t. I, p 247-248; MARQUES, José Frederico*Tratado de Direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. II, p. 201; NORONHA, Edgard Magalhães*Direito penal. Parte Geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva: 1990. v. 1, p. 99; MESTIÉRI, João *Manual de Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 105-107; GALVÃO, Fernando.*Direito penal. Parte Geral*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 334; BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado*... cit., p. 331; e BRANDÃO, Cláudio.*Curso de Direito penal*... cit., p. 200; GRECO, Rogério.*Curso de Direito penal*. 5. ed. Niterói: Ímpetus, 2005. p. 431 ss; e QUEIROZ, Paulo. *Direito penal. Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 145. No cenário da doutrina estrangeira o tema sequer chega a ser discutido.

13 Confira-se em Damásio E. de Jesus. Direito penal... cit., p. 455.

14 WELZEL, Hans*Derecho penal alemán*. 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 166.

15 Essa expressão, inclusive, é a mesma que abre o capítulo sobre a culpabilidade constante da última versão sobre a teoria da ação oferecida por Hans Welzel, hoje já disponível em português como *O novo sistema jurídico penal. Uma*

introdução à doutrina da ação finalista. Trad. de Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 87, que é a fonte citada por Damásio de Jesus como justificativa do seu equívoco.

16 JESUS, Damásio E. *Direito penal. Parte Geral.* 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 199[illegible] p. 501.

17 BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 172.

18 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1963. t. V, p. 102.

19 Idem, p. 108.

20 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade... cit., p. 172.

21 Cláudio Brandão comenta que "o conceito de vontade de Santo Agostinho tem origem teológica, sendo apresentado como realidade que se conquista a cada ato humano. No ato, busca-se sempre o que a consciência/razão indica como *melhor*, segundo a concepção do ser; e é nessa busca pelo melhor que intervém a vontade. A vontade será fundamental no homem, porque a construção da ordem do ser é dinâmica e é formada pelo livre-arbítrio da vontade". Idem, p. 173.

22 BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana). *Dos delitos e das penas.* Trad. d[illegible] J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 37-39.

23 BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade... cit., p. 174.

24 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito.* Trad. de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990. p. 40.

25 Veja-se, sobre o tema: MAURACH, Reinhard. *Tratado de Derecho Penal.* Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. I, p. 14.

26 MERKEL, Adolf. *Derecho penal. Parte General.* Trad. de Pedro Dorado Monter[illegible] Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 74.

27 A informação é de Reinhard Maurach. *Tratado de Derecho penal...* cit., v. I, p. 1[illegible]

28 A referência aparece em Enrico Ferri. *Princípios de Direito Criminal.* Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996. p. 57, nota 4.

29 Trata-se de Rudolf Von Ihering. Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.

Festschrift für Birnbaum. Gießen, 1867, p. 4.

30 A informação está em Juarez Tavares. *Teoria do Injusto penal*. Belo Horizonte: I Rey, 2000. p. 150.

31 LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. 4. ed. Trad. de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1999. t. II. p. 375.

32 Nesse sentido: BALESTRA, Carlos Fontán *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Depalma, 1957. p. 4; BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado*... cit., p. 339.

33 A expressão é utilizada por Cláudio Brandão em Culpabilidade... cit., p. 178.

34 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de Derecho penal*... cit., t. V, p. 149.

35 LISZT, Franz von. Tratado de Derecho penal... cit., p. 409-410. No mesmo sentid MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1948. v. II, p. 159. No Brasil, veja-se BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 205.

36 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 339-340.

37 Cf. CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Trad. de J Luiz V. de Franceschini e Prestes Barra São Paulo: Saraiva, 1956. t. I. p. 80.

38 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 339.

39 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 340.

40 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 340; SANTOS, Juarez Cirı dos. *Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lume Juris, 2008, p. 284.

41 KOHLRAUSCH, Eduard. Die Schuld, *in Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs Kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Deutsche reich unter vergleichender Berücksichtigung des* österreichischen *und schweizerischen Vorentwurfs*. Org.: P. F. Aschrott e Franz Von Liszt. Berlin: J. Guttentag, 1910. t. I, p. 194 ss.

42 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade... cit., p. 180.

43 Para detalhes, confira-se: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do Direito pena sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3 ss.

44 FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. de

Gustavo Eduardo Aboso e Thea Löw. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2004. p
30.

45 Idem, p. 30.

46 "Se o conceito de culpabilidade não abarca nada mais que a soma de dolo e imprudência – e estes segundo o consciente ou imprevisto causar do resultado –, podia resultar absolutamente incompreensível como é possível excluir a culpabilidade em caso do estado de necessidade, posto que também o autor que atua em estado de necessidade sabe o que faz." Idem, p. 30.

47 Idem, p. 34.

48 GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad.* 2. ed. Tr de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Montevideo-Buenos Aires BdeF, 2007. p. 91.

49 GOLDSCHMIDT, James. La concepción normativa de la culpabilidad... cit., p. 9

50 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal. Parte Geral... cit., p
285.

51 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en Derecho penal.* Trad. d José Luiz Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

52 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad...*, cit., p. 63.

53 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad...*, cit., p. 65.

54 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad...*, cit., p. 66.

55 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad...*, cit., p. 70-71.

56 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. 3. ed. Trad. José Arturo Rodrígu Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. t. II, p. 9-11.

57 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 207.

58 MAURACH, Reinhard. *Tratado de Derecho penal*... cit., v. I, p. 21.

59 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 343-344.

60 Convém observar que autores brasileiros clássicos do mesmo período, por exem Aníbal Bruno, já apontavam as fórmulas de culpabilidade vinculadas ao modo de vida do autor – nitidamente influenciadas por uma criminologia de corte biologicista – como uma tendência. Aliás, o autor refere não apenas à *Lebensführungschuld* (culpabilidade por condução de vida) de Mezger, mas

também à *Charakterschuld* (culpabilidade pelo caráter), defendida por Welzel. Veja-se, a respeito, BRUNO, Aníbal. *Direito penal I. Parte Geral. Tomo II.* Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 34 e ss. Aníbal Bruno voltava-se para esta perspectiva dada a sua formação também como catedrático de medicina. Veja-se, para detalhes sobre a questão BUSATO, Paulo César. "A culpabilidade pol condução de vida na obra de Aníbal Bruno", *in O passado e o futuro na teoria do delito de Aníbal Bruno*. [Kai Ambos e Paulo de Sousa Mendes – Org.]. São Paulo: Marcial Pons, 2017, pp. 79-108.

61 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 345.

62 Sobre o perfil do direito penal nazista e a contribuição de Edmund Mezger para s construção, veja--se: MUÑOZ CONDE, Francisco*Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo.* Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2005.

63 Fala-se de uma verdadeira cisão entre as correntes do neokantismo, sendo que un vertente, capitaneada por Von Weber, se encarregou de propor a quebra da dicotomia objetivo/subjetivo proposta por Franz Von Liszt, chegando a uma culpabilidade estritamente normativa. Nesse sentido, o comentário de Eugenio Raul Zaffaroni. *Introducción a la obra Lineamientos del Derecho penal alemán de Helmuth Von Weber*. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. X.

64 WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos del Derecho penal alemán.* Trad. de Euge Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 116.

65 WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos...*, cit., p. 117.

66 WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos...*, cit., p. 118.

67 WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos...*, cit., p. 115.

68 WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos...*, cit., p. 115.

69 WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos...*, cit., p. 115.

70 WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos...*, cit., p. 120.

71 WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos...*, cit., p. 132-133.

72 WELZEL, Hans*Introducción a la filosofía del Derecho, Derecho natural y Justicia material.* Trad. de Felipe González Vicén, Madrid: Aguilar, 1977. p. 197. No mesmo sentido: CÓRDOBA RODA, Juan*Una nueva concepción del delito.* Barcelona: Ariel, 1963. p. 19. Ainda assim, há quem enxergue na

concepção de culpabilidade normativa pura de Welzel alguma similitude com a formulação psicológico-normativa. Por exemplo: BITENCOURT, Ceza Roberto. *Tratado*... cit., p. 346.

73 MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General I.* Trad. de Jorge Bofill Genszch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. p 522.

74 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 347.

75 Cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal. Uma introdução à doutrina ação finalista.* Trad. de Luis Régis Prado. da versão espanhola de Cerezo Mir São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 87.

76 No mesmo sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado d Derecho penal. Parte General.* Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 457.

77 BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade... cit., p. 183. De modo similar, o comentári de Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado*... cit., p. 348.

78 Nesse sentido: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción.* Madrid: Servicio de Publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 392. Reconhecendo a *crise do conceito de culpabilidade*, mas atribuindo-a à ideia de livre-arbítrio: BITEN-COURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 335; e SANTOS, Juarez Cirino dos Direito penal. Parte Geral... cit., p. 282.

79 A mesma opinião já foi professada por Cláudio Brandão, em defesa de uma concepção humanística da culpabilidade, ao referir que "só se valoriza o homem a partir da compreensão do caso, que traduz a sua história real, que é única e irrepetível. O princípio da culpabilidade, que traduz a responsabilidade penal do homem, condiciona o método do direito penal porque é um dos mecanismos para o sopesamento do caso no processo da decisão e da argumentação jurídica, possibilitando a própria realização da tópica, que para garantir o respeito à dignidade humana pode superar o silogismo, assegurando, em determinados casos, decisões até mesmo *contra legem*". BRANDÃO, Cláudic "Culpabilidade... cit., p. 177-178.

80 Já defendi, alhures, a ideia de que vivemos presentemente uma aproximação entre sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*, que revela ser nada mais do que o

produto da evolução em perspectiva do que projetou Viehweg. Veja-se: BUSATO, Paulo César.*Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3-42.

81 Literalmente em Reinhard Maurach. *Tratado de Derecho penal*... cit., v. I, p. 27.

82 MAURACH, Reinhard. *Tratado de Derecho penal*... cit., v. I, p. 29.

83 MAURACH, Reinhard. *Tratado de Derecho penal*... cit., v. I, p. 31 ss.

84 MAURACH, Reinhard.*Tratado de Derecho penal*... cit., v. I, p. 34-36. Com um resumo da tese de Maurach, no Brasil, veja-se: BITENCOURT, Cezar Roberte *Tratado*... cit., p. 348-350.

85 ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 60.

86 Idem, p. 71.

87 Idem, p. 72.

88 Veja-se, a respeito: ROXIN, Claus.*Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 67 ss.

89 Essa conexão entre os fins da pena, especialmente os de caráter preventivo, e a culpabilidade vem sendo criticada de modo veemente pela doutrina em face da sua carência de fundamentos, em especial frente a objeções relativamente elementares. Stratenwerth, por exemplo, menciona que “se ficasse entregue aos meros fins da pena, o princípio de culpabilidade nem sequer estaria em condições de proteger o indivíduo frente a uma manipulação do Direito penal por razões arbitrárias de política criminal”, razão pela qual não se lhe poderia interpretar sob a forma de garantia limitadora da intervenção. Cf. STRATENWERTH, Günter.*Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thompson-Civitas 2005. p. 234.

90 HASSEMER, Winfried.*Fundamentos del Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 290.

91 ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*... cit., p. 59.

92 JAKOBS, Günther.*Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 579. Para um resumo da

tese de Jakobs sobre o fundamento da culpabilidade, veja-se: DÍAZ PITA, María del Mar. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 77-86.

93 Nesse sentido o comentário de Bernd Schünemann em La culpabilidad: estado de la cuestión. *Sobre el Estado de la Teoría del delito.* Org.: Claus Roxin, Günther Jakobs, Bernd Schünemann Wolfgang Frisch e Michael Köhler. Trad. de David Felip i Saborit e Ramón Ragués i Vallés. Madrid: Civitas, 2000. p. 98.

94 A norma não é válida simplesmente por ser norma posta. Esse é o reducionismo absurdo que sempre acaba derivando das concepções de Jakobs, não apenas na análise de cada uma das categorias do delito, mas da própria raiz do sistema por ele oferecido. Há quem chegue a afirmar – não sem razão – que o modelo de culpabilidade proposto por Jakobs se amoldaria perfeitamente ao Estado paternalista do Absolutismo Ilustrado. Assim: KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa.* Trad. de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 29. No mesmo sentido alertando para o perigo da excessiva normativização: SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión... cit., p. 100.

95 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 582.

96 Segundo o pensamento de Jakobs, que se apoia na diferenciação *luhmaniana* entre frustrações de expectativas normativas e frustrações de expectativas cognitivas, a reação contrafática a uma há de ser diferente da reação contrafática à outra. Caso estivéssemos diante de uma quebra da expectativa cognitiva, estaríamos diante de um erro do autor a respeito da realidade dos fatos, razão pela qual seria irracional preservar a expectativa do cumprimento normativo, cumprindo revisar essa expectativa em torno de dados verdadeiros. Ao contrário, a frustração de expectativas normativas geraria a reação contrafática de sua reafirmação. A expectativa estaria correta, não sendo possível o questionamento da norma da qual se parte, razão pela qual essa deveria ser reafirmada e não revisada ou afastada, cumprindo, isso sim, reagir contra a quebra da expectativa pela reafirmação veemente da estabilidade e força da norma violada. A nosso sentir, aqui Jakobs promove uma distorção do pensamento de Luhmann, já que esse é expresso ao sustentar que as estratégias de administração de riscos incluem a possibilidade de assimilação do desvio em face da expectativa normativa. Confira-se em Niklas Luhmann. *Sociologia do Direito I.* Trad. de

Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 62-63: “[...] formam-se tanto na esfera das expectativas cognitivas quanto na das normativas, estratégias de minimização de riscos. No âmbito das expectativas cognitivas persiste a possibilidade de que desapontamentos não sejam assimilados. Com relação às expectativas normativas existem possibilidades de assimilação. A minimização do risco, portanto, é obtida através de um momento estranho ao estilo da expectativa, através da introdução da encoberta da possibilidade do comportamento oposto”. Portanto, quando Jakobs oferece como reação à frustração normativa unicamente a sanção como forma de retomada da estabilidade da norma, sua leitura da base *luhmanniana* figura, no mínimo, como reducionista.

97 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 584.

98 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 581.

99 A expressão é utilizada por María del Mar Díaz Pita. Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho... cit., p. 83.

100 Nesse sentido: DÍAZ PITA, María del Mar. Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho... cit., p. 80.

101 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 581.

102 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 598.

103 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 600.

104 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 601.

105 Para Schünemann, Jakobs está apenas “substituindo o naturalismo ingênuo da proposta tradicional pela concepção da sociedade, vazia de sentido, proveniente da teoria dos sistemas e desconhece, por acréscimo, que as estruturas elementares da sociedade, que constituem o horizonte significativo e, por isso, são prévias também a toda a regulamentação jurídica, não podem ser reguladas ou modificadas pelo Direito, senão pelo contrário, definem o possível marco em que esse pode mover-se”. SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión... cit., p. 112.

106 Nesse sentido a crítica de Díaz Pita: “Jakobs pressupõe a posição igualitária do sujeito frente à norma: quem em condições de igualdade frente a norma se comporta de forma desigual, é culpável. Todos temos a obrigação e a possibilidade igual de procurarmos uma base motivacional suficiente para

respeitar a norma. Quem não o faz é culpável." DÍAZ PITA, María del Mar
Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho... cit., p. 81.

107 O chamado *comunitarismo* arranca das críticas ao liberalismo lançadas por Raw
na filosofia do Direito anglo-americana, cuja ideia central é de que o indivíduo seja considerado membro inserido numa comunidade política em que todos sejam considerados iguais. Desse modo, o aperfeiçoamento da vida política e comunitária no modelo democrático exigiria uma cooperação social, um empenho de participação política na vida pública, com atitudes que colaborem com a melhoria da vida da sociedade. Derivam daí, obrigações éticas com a finalidade social, voltadas à obtenção do bem comum.

108 O adjetivo *pretensamente* se deve a que a perspectiva comunicativa adotada por Kindhäuser, conquanto bastante mais abrangente que a pseudoimersão comunicativa de Jakobs, ainda resulta, ao final, tímida.

109 KINDHÄUSER, Urs. La culpa penal en un Estado democrático de Derech
Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Trad. de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 18.

110 A exigência de uma dimensão material da culpabilidade descolada da ideia de qu
a norma vale por si só, parnasianamente, é a crítica que faz Kindhäuser à postura de Jakobs e a forma como pretende marcar diferenças em face daquele autor (Idem, p. 27-29), coisa que, finalmente, não logra fazer em grande medida.

111 Idem, p. 31.

112 Idem, p. 31-32.

113 "Por meio da integração social se constitui junto ao mundo natural um mundo social, que está composto de ordenamentos institucionais tais que determinam quais interações da generalidade pertencem correspondentemente às relações sociais autorizadas. A integração social se logra quando os participantes limitam seus comportamentos ou ações à área do devido." Idem, p. 35.

114 Para detalhes veja-se: HABERMAS, Jürgen*Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 44 ss.

115 KINDHÄUSER, Urs. La culpa penal en un Estado democrático de Derech
Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa... cit., p. 40.

116 "Mas o que concede um sentido à dimensão de integração social, além da faticida

do ordenamento, e da racionalidade e da justiça, é a dimensão da legitimidade." Idem, p. 41.

117 Idem, p. 43-44.

118 Idem, p. 44.

119 Idem, p. 46.

120 Idem, p. 53.

121 Idem, p. 52-53.

122 DÍAZ PITA, María del Mar. Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho... cit., p. 100-101.

123 SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión... cit., p. 105.

124 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General.* 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 352.

125 Idem, p. 354.

126 Sobre a vilania do conceito de livre-arbítrio como orientação da culpabilidade: BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado*... cit., p. 335. No entanto, o autor busca apresentar as soluções preconizadas por Welzel, cujo conteúdo parece inaplicável ao mundo de hoje, na medida em que despreza elementos globalizantes e condicionantes próprios da modernidade reflexiva.

127 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 354.

128 Idem, p. 353.

129 Veja-se, sobre o reconhecimento do *ser* no *alter*, os interessantes comentários de Juarez Tavares em Teoria do Injusto penal... cit., p. 99-101, no sentido de que "a aprovação, proibição ou imposição de uma conduta pressupõe, desde logo, que essa conduta se veja apreciada segundo um quadro de valores, que se forma justamente da interação do sujeito com os demais, o que só pode ser efetuado mediante a subsistência de um processo de comunicação entre os diversos sujeitos. O processo de comunicação, como consequência, assim, do processo de inclusão, possibilita a integração dos sujeitos no mundo social e no círculo jurídico.

130 A expressão é de Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro-Curitiba: Lumen Juris-ICPC, 2006. p. 284.

131 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 355. No mesmo sentido: MIR PUIG, Santiago *Derecho penal. Parte General*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 552.

132 Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión... cit., p. 105.

133 Em defesa dessa ideia, no Brasil, veja-se: SANTOS, Juarez Cirino dos *Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro-Curitiba: Lumen Juris-ICPC, 2006. p. 285 ss BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 104 ss; ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGEL José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 280; e RODRIGUES, Cristiano *Teorias da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 26 ss. No plano legislativo, por exemplo, a exposição de motivos do Código Penal do Peru (Decreto legislativo 635, de 3 de abril de 1991) consigna expressamente a adoção da coculpabilidade no item 1 da aplicação da pena. No plano forense, vale referir como precursora a decisão proferida em 6 de abril de 1993, pelo magistrado fluminense Geraldo Luiz de Mascarenhas Prado, nos autos nº 14.426 da 4ª Vara Criminal de Niterói. Para uma visão panorâmica sobre a ideia de coculpabilidade, no Brasil, veja-se MOURA, Grégore Moreira de *Do princípio da coculpabilidade...*, cit. Para um aprofundamento sobre o afastamento da culpabilidade como elemento do crime por força de condicionamentos sociais veja-se NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e exculpação. O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

134 ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 280.

135 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 105.

136 ZAFFARONI, Eugenio Raul *Em busca das penas perdidas*. Trad. de Vânia Romano Pedros e Amir Lopes da Conceição. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996 p. 266.

137 Para maiores detalhes sobre a *culpabilidade pela vulnerabilidade*, vide Eugenio Raul Zaffaroni. *Em busca das penas perdidas*... cit., p. 267 ss. Diferenciando, em certa medida, entre coculpabilidade e culpabilidade por vulnerabilidade,

entendendo essa última mais ampla, por abranger também outros componentes ademais da diferença social, vide vasto comentário de Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho em *Aplicação da pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 62 ss.

138 ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejando; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 654.

139 Idem, p. 654.

140 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos *Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro-Curitiba: Lumen Juris-ICPC, 2006. p. 285.

141 MOURA, Gregore. Do princípio da coculpabilidade... cit., p. 93 ss.

142 Nesse sentido: ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manu de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 580; e RODRIGUES, Cristiano *Teorias da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 28.

143 Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 445.

144 Sobre um resumo da tese de Günter a respeito da culpabilidade veja-se: DÍAZ PITA, María del Mar. Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho... cit., p. 101-110. O tema é tratado pelo autor no ainda inédito Klaus Günther. *Schüld und kommunicative Freiheit*, 1996. No Brasil foi publicado artigo em que algumas das referências do trabalho principal são apresentadas. Trata-se de Klaus Günther. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso no direito? *Revista Direito GV,* v. 2, nº 1, Trad. de Flávia Portella Püschel. São Paulo: Direito GV, jan./jun. 2006, p. 223-240.

145 Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*... cit., p. 446.

146 "Convém chamar a atenção sobre o fato de que com a exigência do postulado da pressuposição da 'liberdade de ação' (como condição de possibilidade para poder falar de *ações humanas* reguladas mediante *normas*), o enfoque de Vives se aparta, desde logo, das tradicionais teses que partiam da base do reconhecimento do 'livre-arbítrio'." Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlo *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*... cit., p. 447.

147 Vives Antón refere expressamente: "a liberdade não é, na minha opinião, o

fundamento da culpabilidade, mas sim pressuposto da própria ação [...] No âmbito da culpabilidade, se dá por suposto que é possível (tecnicamente) agir de outro modo e o que se ventila é até onde é exigível (possível deonticamente) fazê--lo, ou seja, sob que condições empíricas falamos de um comportamento como 'livre' em um sentido tal que se nos permita imputá-lo ao seu autor". VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos*... cit., p. 313.

148 Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*... cit., p. 449.

149 Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte General... cit., p. 452. De modo similar, Jesús-María Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo.* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992, p. 413, quem refere que "a meu entender, o conceito de culpabilidade pode e deve contemplar-se desde a perspectiva da exigibilidade. Pode, pois, seguir dizendo-se que a culpabilidade é exigibilidade".

150 Maurach, por exemplo, com sua proposição de atribuitividade (*Zurechenbarkeit*) não objetivava outra coisa senão antecipar o juízo de exculpação para que esse alcançasse também o inimputável (Cf. MAU-RACH, Reinhard. *Tratado de Derecho Penal.* Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. II, p. 31 ss.). Também é uma solução próxima da aqui adotada aquela formulada por Joachim Hruschka em *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoria de la imputación.* Ed.: Pablo Sánchez-Ostis. Navarra: Thompson-Aranzadi, 2005, p. 34 ss.

151 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 355.

152 São os seguintes artigos:Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal: I – a emoção ou a paixão; II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos

análogos.§ 1º É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.§ 2º A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

153 Trata-se, na verdade, de uma cópia imperfeita do Código penal bávaro, já que aquele não exigia a "privação", mas a mera "perturbação" dos sentidos. A isso referiu Laertes Macedo Munhoz em sua dissertação de cátedra na UFPR publicada como MUNHOZ, Laertes Macedo*Da causalidade subjetiva no Código penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1943. pp. 57-58.

154 Nesse sentido, por exemplo, a posição de Jorge de Figueiredo Dias em *Liberdad Culpa. Direito penal.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 194.

155 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 356; BRANDÃ Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 223.

156 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 223-224.

157 Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

158 Assim, por exemplo, HC 73338/RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, j. em 13-1996.

159 A opção pela tópica não é desconhecida do Direito penal positivo brasileiro, poi o Código Criminal do Império previa, em seu art. 13, que aos menores de 14 anos que se demonstrasse concretamente terem atuado com discernimento a respeito do injusto perpetrado se lhes aplicavam medidas especiais próprias de um Direito penal do menor da época.

160 Para mais detalhes sobre a falácia discursiva do chamado discurso infracional, veja-se: BUSATO, Paulo César; MENDES, Sílvia de Freitas. Prescrição e a infracional. Um pano de fundo para a discussão sobre o curto e o longo prazo do discurso infracional. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, v. 24, p. 254-277, 2010.

161 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 356.

162 Cf. Idem, p. 358.

163 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal. Parte Geral... cit., p. 296-297.

164 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 359.

165 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 359.

166 Bitencourt refere a impropriedade dizendo que as expressões "soam mais ou men com algo parecido como *semivirgem, semigrávida, ou então como uma pessoa de cor semibranca!*". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 360.

167 Assim, por exemplo: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 226.

168 Aliás, a doutrina observa que na prática, os juízes se põem completamente "nas mãos" dos peritos, usualmente se submetendo aos resultados que aqueles anunciam. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal. Parte Geral... cit., p. 298-299. Para uma crítica, em detalhes da subserviência das instâncias judiciais em face das imprecisas conclusões periciais, veja-se: SILVA, Eliezer Gomes da. Transtornos mentais e crime: reflexões sobre o completo diálogo entre a Psiquiatria e o Direito Penal. *Direito e Sociedade*, v. 2, nº 2, Curitiba: Ministério Público do Paraná, jul./dez. 2001, p. 81-121.

169 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 226.

170 Idem, p. 226.

171 Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I – [...]; II – [...]; III – ter agente: a) [...]; b) [...]; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) [...];

172 Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

173 Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, três meses a um ano.§ 1º [...]; § 2º [...]; § 3º [...]; § 4º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

174 Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – [...]; II – [...]; I

– [...]; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

175 Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. § 1º [...]; § 2º Se o homicídio é cometido:I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II – por motivo fútil; III – [...]; IV – [...]; V – [...].

176 De modo parecido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 227.

177 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal. Parte Geral... cit., p. 301-302; e MESTIÉRI, João*Manual de Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 178-179.

178 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado*... cit., p. 371; e BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 229.

179 Art. 28. [...] § 2º A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

180 ARISTÓTELES. Ética a*Nicômaco*. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 66.

181 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 227.

182 Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – [...]; II – ter o agente cometido o crime: [*omissis*] l) em estado de embriaguez preordenada.

183 Sobre essa teoria, vide: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral* cit., p. 302-303.

184 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 368.

185 GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal... cit., v. I, t. I, p. 350-351.

186 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 369.

187 Sobre essa teoria, vide: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral* cit., p. 303.

188 "Outra interpretação é incompatível com o princípio de culpabilidade." SANTOS Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 305.

189 Falei do tema por primeira vez em BUSATO, Paulo César. Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação. *Revista de*

Estudos Criminais v. 3, n. 10. Porto Alegre: Notadez, 2003, pp. 61-81, também publicada e acessível gratuitamente em www.sistemacriminal.org, como em BUSATO, Paulo César. Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 1, n. 2, jul.-dez. 2009. Curitiba: FAE-Centro Universitário Franciscano, 2009. pp. 149-172.

190 Veja-se mais detalhes em BUSATO, Paulo César. Valoração crítica da *actio libe in causa* a partir de um conceito significativo de ação... *cit.*, p.167.

191 Assim, por exemplo, referem Cláudio Brandão. *Curso de Direito penal...* cit., p. 211, e Antonio Chaves de Camargo. *Culpabilidade e reprovação penal.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1994. p. 155.

192 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal...* cit., p. 212.

193 De modo semelhante: Idem, p. 213.

194 Assim já no conteúdo do dolo para Franz Von Liszt em: Tratado de Derecho penal... cit., v. II, p. 414-415.

195 Defendida, por exemplo, por Harro Otto em: OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrech* Berlin: Walter de Gruyter 1996. p. 203.

196 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal...* cit., p. 213.

197 A terminologia é empregada por Cláudio Brandão. *Curso de Direito penal...* cit., 213 ss.

198 Assim entende Jorge de Figueiredo Dias. *O Problema da Consciência da Ilicitu em Direito Penal*. 3. ed. Coimbra, 1987. p. 286 ss.

199 Cf. CAMARGO, Antonio Chaves de. *Culpabilidade e reprovação penal...* cit., p. 162.

200 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal...* cit., t. II, p. 155.

201 De acordo com essa concepção, no Brasil: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direi penal...* cit., p. 216. Ainda hoje: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAN Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General...* cit., p. 487-488.

202 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal.* t. II... cit., p. 155.

203 ROXIN, Claus. *Derecho penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de l teoría del delito.* 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p

866.

204 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 314.

205 Com posição similar à aqui assumida, veja-se: LEITE, Alaor. Existem deveres gerais de informação no Direito penal? *RT,* nº 922, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2012, p. 337. O autor é quem mais se dedicou a esse assunto específico na doutrina brasileira, descendo a minúcias do tema em *Dúvida e Erro sobre a proibição no Direito penal.* São Paulo: Atlas, 2012.

206 Sobre esse tema, veja-se o Capítulo 13 desta obra.

Capítulo 11

A NECESSIDADE DE PENA – PRETENSÃO DE PUNIBILIDADE

1 PRETENSÃO DE PUNIBILIDADE. CONCEITO E DELIMITAÇÃO DA CATEGORIA

Segundo a concepção aqui adotada, a afirmação da existência de um delito não termina com a afirmação das três pretensões anteriores (relevância, ilicitude e reprovação), ainda que se possa afirmar que elas esgotam o *conteúdo material* da infração.[1] O complemento da afirmação do crime depende também da demonstração de uma pretensão de punibilidade, que é foco de uma análise formal complementar.[2]

É que o entendimento aqui partilhado é de absoluta interação entre a teoria do delito e a teoria da pena. Ou seja, pretende-se aqui superar uma dicotomia há muito alimentada no âmbito dos estudos de Direito penal que é absolutamente nociva desde um ponto de vista político-criminal: a separação taxativa entre os estudos – e, consequentemente, as funções e missões – da pena e do delito.[3]

A iniciativa de recuperação dessa conexão tem origem em Roxin,[4] pela via da aproximação entre a culpabilidade e os fins da pena em uma nova categoria denominada responsabilidade que integraria a culpabilidade tradicional e a necessidade de pena. Com isso, a afirmação da reprovação em Roxin[5] passaria a exigir a afirmação das tradicionais questões afirmadas pelo finalismo (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) mais a afirmação de que a pena, em face do caso concreto, seria necessária.

Embora a iniciativa seja louvável e aceita na doutrina,[6] pela dupla aproximação entre teoria do delito e teoria da pena e entre dogmática e política-criminal, é também fonte de alguma crítica doutrinária em função das incongruências que gera.[7]

É justamente no afã de aprofundamento dessa tendência, e procurando detalhá--

la e ajustá-la às questões dogmáticas e político-criminais, que se inclui na afirmação do delito mais uma pretensão de validade da norma: a pretensão de punibilidade. No dizer de Vives, “onde a pena resulta desnecessária é, ao mesmo tempo, injusta: por isso, o sistema penal deve contar com possibilidades de *graça*,[8] que evitem a injustiça no caso concreto”.[9] Portanto, é óbvio que esta classe de discussão deve estar contida em uma pretensão geral de justiça.

Trata-se, como é óbvio, de uma afirmação do princípio de proporcionalidade e que deve ser certificada no caso concreto.

Concretamente, se está reconhecendo que, a despeito da existência de um tipo de ação ou omissão ilícito e reprovável, podem estar presentes circunstâncias que tornam desnecessária a imposição de uma pena no caso concreto.

Existe, pois, um conteúdo específico e diverso do das outras categorias delitivas que compõe o acervo da pretensão de punibilidade, tal como exigido pela doutrina.[10]

Afirma-se a existência de uma nova categoria na composição do conceito de crime que tradicionalmente, alguma vez, a doutrina chamou de “punibilidade”.[11]

Desde logo compete afirmar, como de resto faz a doutrina que já debruçou-se sobre o assunto,[12] que a fórmula da pretensão de punibilidade aqui adotada não corresponde ao conceito estrito de punibilidade,[13] ou seja, das questões a ela relacionadas que têm lugar no momento da realização da conduta incriminada (condições objetivas de punibilidade e causas pessoais de exclusão da pena), mas sim a um conceito amplo, que inclui não apenas esses elementos citados, mas também as circunstâncias que, conquanto possam ser concomitantes ou posteriores à ação incriminada – mas antes da sentença condenatória –, também tornam injustificada a imposição de uma pena (tais como as causas pessoais de anulação ou impedimento de aplicação da pena, bem como todas as medidas de *graça* previstas no ordenamento jurídico positivo, e até mesmo aquelas não previstas expressamente pelo ordenamento).[14]

A delimitação temporal única é a sentença condenatória, pela óbvia razão de que é nesse momento processual que se afirma discursivamente a existência de um delito, portanto, é nesse momento, precisamente, que passa a *existir* um delito. A

afirmação discursiva é o pressuposto básico da existência.[15]

Até a ocorrência da sentença condenatória, o que se tem é um fato investigado, cuja qualificação ainda não é de delito. Qualquer intercorrência que infirme uma das pretensões da norma sobre o caso concreto afasta a existência do crime. Somente se pode falar de *crime* a partir de que se reconheça presente a pretensão geral de justiça de afirmar que a norma concreta é válida para a ação investigada. Daí existe crime.

Por outro lado, a afirmação de que existe crime só produz um efeito: a aplicação da pena. É inútil pretender, com o processo penal, outro objetivo diverso da aplicação de pena. A procedência de toda ação penal gera uma sentença de natureza condenatória e essa condenação é sempre a imposição de uma pena. Quaisquer outros efeitos são meramente secundários e não correspondem à pretensão geral de justiça da condenação penal.

É por isso que, por exemplo, a incidência da circunstância da morte do agente ou da prescrição da pretensão punitiva, mesmo ocorrendo após o fato, mas antes da sentença condenatória, afastam a própria existência do crime. Se o processo não terminou, o que se teve foi a mera investigação de um fato, que visava a obtenção de um reconhecimento: de que ele tinha a característica de ser crime. Se a investigação não termina, encerrada abruptamente por uma dessas circunstâncias, não é possível ainda afirmar que houve um crime. Somente é possível afirmar que houve uma ação cujo processo poderia levar à afirmação de que houve um crime, mas isso não aconteceu.

A questão é de lógica elementar e fica bem evidente quando pensada ao contrário. Como é possível afirmar que houve um crime, mas que esse crime não será punido, porque incidiu a prescrição da pretensão punitiva ou a morte do agente? Essas circunstâncias, porque impediram o final no processo, não permitem que se afirme a existência de um crime sem que se incorra em um absurdo exercício de adivinhação! Afinal, por exemplo, se não houve a afirmação de uma sentença condenatória firme, as características do crime não foram afirmadas, ou seja, corria-se o risco de surgir uma nova prova, posterior a essa intercorrência, que mudaria completamente o quadro conclusivo, ou ainda, a interpretação judicial do acervo probatório sobre o fato não

corresponderia às expectativas da acusação.

A afirmação de existência de um crime sem a existência de sentença condenatória firme não é apenas um absurdo, mas um verdadeiro atentado contra a presunção de não culpabilidade.

Assim, somente com a sentença condenatória, que é a afirmação concreta da pretensão de punibilidade, é possível afirmar induvidosamente a presença de um crime.[16] Aliás, "a referência à punibilidade aparece neste contexto como uma exigência lógica da própria ideia de delito, pois um delito sem punibilidade, um delito não punível carece de sentido".[17] Tanto é assim que não existe sequer legislativamente uma norma incriminadora que não contemple a previsão de aplicação de uma pena.[18]

Daí que a pretensão de punibilidade necessariamente deva fazer parte do conceito de crime como uma das subpretensões de validade da norma que compõe a pretensão geral de justiça.

Portanto, pode-se afirmar conceitualmente que a pretensão de punibilidade é *a afirmação, através de uma sentença condenatória firme, de que não concorre, no caso concreto, nenhuma razão para deixar de aplicar uma pena*.

Como se pode notar, há um divisor de águas bastante claro entre as causas que podem ser admitidas como aflitivas da pretensão de punibilidade: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até sua ocorrência, podem incidir causas que demonstrem ser a pena inidônea ou desnecessária, afastando a pretensão de punibilidade.

Depois dela, inicia-se o processo de execução, com o direito material já afirmado, razão pela qual não é mais possível falar em extinção da pretensão de punibilidade, pois, ao menos em parte, o castigo já aconteceu.

Aqui aparece a conexão político-criminal. Uma vez que a pena supõe necessariamente a supressão de um direito fundamental, qual seja, o da liberdade, é preciso que sua aplicação seja considerada absolutamente necessária, ou seja, que não haja alternativa menos gravosa.[19] A desnecessidade da pena gera a inutilidade da afirmação do crime, eis que esta somente objetiva aquela.

Daí a vinculação à proporcionalidade. Onde a pena não seja necessária, porque existe uma razão para deixar de aplicá-la, não há tampouco razão para afirmar a existência de um crime.

É preciso destacar que não se nega que o princípio de proporcionalidade esteja presente como filtro em outras pretensões de validade da norma, como por exemplo, a pretensão de relevância, no aspecto da pretensão de ofensividade; no entanto, ao contrário dessa situação, em que se trata de medir em abstrato a necessidade de pena,[20] na pretensão de punibilidade o postulado de proporcionalidade assume a forma da *necessidade de pena* do caso concreto, ou seja, de uma verificação sobre se a pena efetivamente reúne as características de ser idônea, necessária e proporcional.[21]

Finalmente, convém dizer que para a categoria da pretensão de punibilidade tal como aqui desenhado, resultam completamente descabidas as críticas clássicas endereçadas à categoria punibilidade como um elemento da configuração do crime. Não tem cabimento, por exemplo, afirmar que ela não tem conteúdo próprio, já que este está representado por várias causas concretas de afastamento da punibilidade que preservam as condições de tipo de ação, pretensão de ilicitude e pretensão de reprovação. Tampouco cabe a crítica de que a punibilidade seria um pressuposto exigido apenas excepcionalmente,[22] porque a análise da pretensão de punibilidade é uma prospecção negativa, que tem lugar da mesma forma que a análise das causas legais de justificação. Ou seja, do mesmo modo que não se pode desprezar a categoria da ilicitude quando não detectada, no caso concreto, a presença de uma causa legal de justificação, tampouco há que se negar a autonomia da pretensão de punibilidade quando não seja detectada, no caso concreto, alguma causa impeditiva de tal pretensão.

2 AS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA PRETENSÃO DE PUNIBILIDADE

Como antes delineado, as causas de exclusão da pretensão de punibilidade tanto podem sê-lo em sentido estrito (ocorrentes no momento da realização do delito), como em sentido amplo (ocorrentes após a comissão do delito e antes da sentença

condenatória firme). Assim, estão compreendidas entre as primeiras, por exemplo, a condição de parentesco nos crimes contra o patrimônio, na forma prevista no art. 181 do Código Penal, enquanto figuram entre as segundas, por exemplo, a superveniência da morte do agente ou a prescrição da pretensão punitiva. Em decorrência disso haverão distintas consequências dogmáticas que serão averiguadas adiante.

Quanto à sua natureza, as causas de exclusão da pretensão de punibilidade podem consistir tanto em causas pessoais de exclusão de punibilidade, também chamadas de escusas absolutórias, quanto condições objetivas de punibilidade, portanto, genéricas, ou ainda, consistirem em causas extintivas da punibilidade.

Ademais, quanto à comunicabilidade, havendo concurso de pessoas, algumas causas extintivas da pretensão de punibilidade podem ser comunicáveis, aproveitando a todos os autores, coautores e partícipes, *v. g.*, o perdão nos crimes contra a honra, enquanto que outras podem ser incomunicáveis, aproveitando-se somente a um dos agentes, como pode ser a retratação, nos casos em que a lei a admite.

De qualquer modo, para fins de estudo, didaticamente convém separá-las entre causas gerais e especiais,[23] sendo as primeiras aquelas aplicáveis indistintamente a todos os delitos, cujo estudo mais detalhado compete realizar aqui, e as especiais, que são aplicáveis a apenas um delito ou um grupo de delitos, as quais serão apenas brevemente comentadas, uma vez que seu estudo mais detalhado, porque amplíssimo, remete à parte especial.

Em geral, o estudo da extinção da punibilidade no Direito penal brasileiro é relegado a uma despretensiosa análise do art. 107 do Código Penal, sem maiores considerações, simplesmente explicando em que consistem os eventos ali enunciados.

Entretanto, tomada a sério a questão político-criminal da pretensão de punibilidade, se efetivamente se pretende fazer uma incorporação da teoria da pena à teoria do delito, é preciso proceder uma análise crítica de tal dispositivo legislativo, demonstrando, por um lado, sua insuficiência para abarcar a questão das causas extintivas da pretensão de punibilidade e, por outro, sua incoerência interna, ao agrupar institutos absolutamente díspares entre si.

Por um lado, algumas das figuras ali constantes são efetivamente aflitivas da

pretensão de punibilidade, impedindo que se afirme que o fato perseguido constitui crime, e estarão ao abrigo da categoria que aqui se comenta. Mas, junto com elas, acumulam-se outros incidentes que não dizem respeito à afirmação do fato criminoso, consistindo em incidentes absolutamente processuais como condições de procedibilidade ou incidentes de execução.

Compete, pois, separar essas circunstâncias (do art. 107 do Código Penal) para identificar precisamente quais delas devem ser elencadas entre as causas legais de exclusão da pretensão de punibilidade e quais não.

São causas legais de exclusão da pretensão de punibilidade a morte do agente (inciso I); a prescrição da pretensão punitiva (inciso IV), exceto a forma retroativa, que depende do trânsito em julgado da sentença condenatória; o perdão do ofendido (inciso V); a retratação do agente (inciso VI); e o perdão judicial (inciso IX).

Não são causas legais de exclusão da pretensão de punibilidade, mas meros incidentes processuais: a anistia, a graça e o indulto (inciso II), incidentes sobre o processo de execução; a decadência, a perempção (aflitivas do direito à persecução) e a prescrição da pretensão executória (inciso IV); e a renúncia do direito de queixa nos crimes de ação penal privada (inciso V).

Tampouco é causa de exclusão da pretensão de punibilidade a retroatividade de lei que não considera mais o fato como criminoso (inciso III), pois, nesse caso, não se afasta a punibilidade. Se tal superveniência de *abolitio criminis* sobrevém no curso da ação e antes da sentença penal condenatória, não existe mais o tipo penal, portanto, não se exclui a pretensão de punibilidade, mas a pretensão de relevância, por ausência do tipo de ação. Se, ao contrário, sobrevém no curso da execução, não exclui a punibilidade porque está já se iniciou.

Ainda existe o detalhe de que o perdão do ofendido e a retratação do agente, conquanto sejam cláusulas constantes em um dispositivo pretendidamente geral, não têm aplicabilidade geral, mas apenas a delitos específicos, onde a legislação admite sua aplicação, pelo que não deveriam ser tratados junto com as demais circunstâncias.

Além do mais, existem outras causas extintivas da pretensão de punibilidade que simplesmente não são contempladas no art. 107 do Código Penal, mas que, sem

dúvida alguma, afastam a pretensão de punibilidade, como as imunidades materiais, já debatidas no Capítulo 3 deste livro, ao qual se remete o leitor, as causas pessoais de exclusão de pena (também chamadas de escusas absolutórias), como a que figura no art. 181 do Código Penal, ou o pagamento dos tributos nos crimes fiscais; as condições objetivas de punibilidade, como a declaração de quebra em crimes falimentares.

2.1 Causas gerais de exclusão da pretensão de punibilidade

Dentro das causas gerais de exclusão da pretensão de punibilidade figuram duas ordens diversas de situações. A primeira, e mais óbvia, é a das causas gerais de exclusão da pretensão de punibilidade que figuram em dispositivos da parte geral do Código Penal que, portanto, são legais. A segunda corresponde a considerações político-criminais incorporadas na teoria do delito sob a forma de princípios, que é tratada como causa supralegal de exclusão da pretensão de punibilidade.

2.1.1 Causas gerais legais de exclusão da pretensão de punibilidade

Aqui agrupam-se as causas gerais legais de exclusão da pretensão de punibilidade. São divididas entre imunidades materiais, a morte do agente, a prescrição da pretensão punitiva (exceto a chamada prescrição retroativa) e o perdão judicial.

a) As imunidades materiais

A questão das imunidades já foi trabalhada no Capítulo 3 deste livro detalhadamente, pelo que, para maiores detalhes, remete-se o leitor a esse capítulo. Compete aqui apenas lembrar que as imunidades podem ser formais e materiais e que as imunidades formais não afastam a pretensão de punibilidade.[24] Apenas o fazem as imunidades materiais. Estas são uma concessão jurídica ao exercício político, tanto interno (imunidades parlamentares) associado ao exercício livre do mandato, quanto externo (imunidades diplomáticas) conectado às questões de soberania do próprio Estado. Justamente essas questões, de caráter político, fazem com que as imunidades

se vinculem a cargos e não a pessoas e, assim, não sejam consideradas ofensas ao princípio de igualdade.[25]

As imunidades substanciais ou materiais são obstáculos que se impõem à aplicação concreta da lei penal, no entanto, esses obstáculos não importam em negação da pretensão de relevância, de ilicitude ou de reprovação. Os fatos continuam típicos, ilícitos e culpáveis. A razão para que não sejam considerados crimes é justamente a falta de pretensão de punibilidade.

O fato de que haja possibilidade de punibilidade do agente diplomático em seu país de origem não modifica a questão da falta de pretensão de punibilidade, pois remanesce impossível a aplicação de pena justamente onde demonstrada a existência das demais pretensões de validade da norma, e a eventual instauração de um feito e mesmo uma condenação no estrangeiro não altera essa condição para o sistema penal nacional. Trata-se, isto sim, do puro afastamento da pretensão de punibilidade decorrente da presença das demais pretensões de validade normativas.

b) A morte do agente

A morte da pessoa processada, ocorrendo antes da sentença condenatória firme, é um fator impeditivo da punibilidade em qualquer ordenamento jurídico.

A razão é elementar e decorre do princípio de pessoalidade da pena. Ao contrário da responsabilidade civil, a responsabilidade penal é pessoal, conforme determina o princípio de culpabilidade.[26]

Como bem refere Bitencourt, "embora pareça supérflua esta previsão, objetiva plasmar o repúdio a prática punitiva sobre o cadáver, a memória ou os descendentes do morto".[27] A referência do autor diz respeito às regras que em algum tempo foram vigentes no Brasil, como, por exemplo, aquelas impostas no caso de Joaquim José da Silva Xavier, Alferes Tiradentes, transcritas parcialmente por René Dotti[28] como forma de demonstrar os abusos e a ultrapassagem da pessoalidade da pena da legislação ibérica do período do Brasil-colônia.

Evidentemente, se o processo é interrompido pela morte do agente, não se chegou a uma condenação e, com isso, não se pode afirmar que o fato pelo qual ele é

responsável reúne todas as características que o convertem em um crime. Sem essa demonstração, restará impossível afirmar a existência do crime por ausência de pretensão de punibilidade.

Por outra, a morte do agente que ocorre após a aplicação da pena converte-se em mero incidente prejudicial de execução, com caráter processual.

Exige-se prova documental para atestar a morte do agente. Este é um reconhecimento da importância dessa circunstância e deriva, obviamente, não apenas de que ela fulmine o processo penal, mas sim porque ela infirma a própria existência do crime.

c) A prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva, tanto pelo volume de suas ocorrências quanto pela riqueza de detalhes de sua regulamentação, é certamente a causa extintiva da pretensão de punibilidade mais importante.

A prescrição, em princípio, nada mais é do que a perda da possibilidade de impor pena (pretensão de punibilidade) por parte do Estado contra o réu, em função do decurso de tempo.

Não se pode confundir a prescrição da pretensão punitiva, em que o que é atingido é a possibilidade de punir com a decadência ou com a perempção. Na prescrição da pretensão punitiva, o que fenece é a pretensão de impor sanção, nascida a partir do deflagrar do processo penal, impossibilitando que se chegue à afirmação da existência do crime.

Ao contrário, na decadência e na perempção o que é atingido é respectivamente o direito de deflagrar ou prosseguir com a persecução sem que seja afetado em seu conteúdo, a essência do crime, portanto, são aflitivos apenas dos requisitos persecutórios.

A doutrina tradicional[29] vem afirmando que norma penal incriminadora gera o *direito de punir do Estado* e que, ao transitar em julgado a sentença condenatória, o Estado adquire um *direito de executar a pena*.

A postura adotada neste trabalho permite afrontar esse ponto de vista já de

início. Em primeiro lugar, porque não se crê que o Estado possa ser portador de qualquer direito. Na visão aqui esposada, o Estado não é sujeito de direito algum. O Estado não é, nem nunca foi, sujeito de direitos. Ele é apenas um gestor dos direitos daqueles que o compõem. O Estado tem apenas deveres. As exigências que por seu intermédio são feitas aos cidadãos apenas se justificam na exata medida em que componham demandas de outros cidadãos, ainda que indiretamente. Ao menos essa é a concepção de democracia que se impõe em nossos tempos.

Não é aceitável que um Estado persiga quaisquer objetivos em favor de si próprio e contra os cidadãos. Um Estado dessa ordem é um usurpador dos direitos daqueles que o compõem e, portanto, é inviável como Estado, tratando-se, na verdade, de uma instituição fadada a desaparecer. A razão é bastante simples, e de ordem lógica: é absolutamente permitido aos cidadãos desistirem de seu vínculo com qualquer Estado, migrando, naturalizando-se, enfim, negando sua vinculação com ele. O oposto não é verdadeiro. O Estado não se faz à margem de indivíduos. No momento em que não haja cidadãos, simplesmente não existe Estado. A recíproca, porém, não é verdadeira.

Por tais razões, não se aceita o uso das expressões *jus punitionis* e *jus executionis*, geralmente associadas ao estudo da prescrição.

Na verdade, o sistema penal visa cumprir um dever e não exercer qualquer *direito*. Note-se que o sistema penal castiga, impõe sanções que sempre são menoscabos de direitos dos cidadãos. Não é possível que a produção desse mal possa ser considerada um *direito* de alguém. Menos ainda, do Estado.

Uma postura crítica em relação ao sistema penal deve reconhecer, como princípio geral, que o exercício da atividade de controle social do intolerável pela via penal não é um direito, mas um dever. Um dever que o Estado tem de proteger os cidadãos contra ataques intoleráveis a bens jurídicos essenciais. É exatamente para isso que ele existe. Qualquer base de composição teórica do Estado sempre remeterá à questão da necessidade de agregação social em torno dele para proporcionar o exercício dos direitos daqueles a ele vinculados.

Essa postura remete ao reconhecimento de que não há nem *direito de punir* nem

direito de executar penas.

Portanto, a prescrição da pretensão punitiva não aflige qualquer direito, consistindo unicamente em uma causa extintiva da pretensão de punibilidade que, nunca se perca de vista, nada mais é do que uma subpretensão de uma pretensão geral de justiça.[30]

Evidentemente, como a ameaça de impor pena não pode permanecer eternamente afligindo o cidadão que responde a um processo penal, há de existir um limite temporal para que a pena se imponha. A prescrição da pretensão punitiva é justamente a regra que cuida de estabelecer e reger tal limite. Portanto, pode-se dizer que a prescrição é produto da inércia persecutória do Estado, em suma, é a perda da possibilidade de exercício do dever de punir em função do decurso do tempo.

cI) Origem e desenvolvimento histórico da prescrição

A expressão *prescrição* deriva do latim *praescriptio*, o que já faz perceber sua origem. A prescrição era uma defesa preliminar, apresentada antes da *demonstratio*, inviabilizando que o magistrado fizesse o exame do mérito do caso.[31]

A prescrição já era conhecida pelo direito grego, mas apareceu pela primeira vez em uma fonte legislativa no direito romano, mais precisamente, na chamada "Lex Julia de Adulteriis".[32]

O prazo inicial para a prescrição era de cinco anos. Esse lapso temporal tem por fonte as chamadas *festas lustrais*, as quais eram solenidades que representavam simbolicamente a ideia de perdão e da purificação, afastando as máculas e o pecado e, uma vez que o delito estava associado ao pecado, como consequência, faziam com que o lapso temporal também apagasse o delito.[33]

Com o passar dos anos, e a associação entre o crime e o pecado, foi se construindo a razão jurídica da prescrição da pretensão punitiva. Seu fundamento decorria do fato de que igualmente ao castigo pelo pecado pela divindade, o Estado, ao permanecer inerte, demonstrava seu desinteresse quanto à punição, não sendo justo punir-se o acusado quando presente a falta de interesse.[34]

Essa associação entre as festas lustrais e a origem da prescrição da pretensão

punitiva fez com que, inicialmente, fosse fixado um prazo de cinco anos para a prescrição das ações penais públicas, e posteriormente, um ano para as ações penais privadas.[35]

Os prazos prescricionais porém foram alterados na época de Deocleciano e Maximiliano (284-305 a.C.),[36] fixando-se em 20 anos para o *crimina publica* e estabelecendo a imprescritibilidade do *parricidium* (morte do *pater familae*), pois sendo a família a célula *mater* da organização jurídica romana, este seria o crime mais grave.[37]

A fórmula da prescrição, quer dizer, a sua associação à passagem do tempo e o modo como fulminava a possibilidade de punir, compôs uma estrutura que resistiu à passagem do tempo, pelo menos até a Idade Média.[38]

O tema alcançou certo nível de refinamento legislativo com o Código Penal Francês de 1791, seguido por vários outros países.[39]

No que refere à história da prescrição no Direito penal brasileiro, a primeira norma que contemplava alguma regulamentação foi o Código de Processo Criminal de 1832 e, em seguida a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, e o Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, sendo que, nesses diplomas, o prazo prescricional aparecia como norma processual, diretamente proporcional à gravidade do delito praticado.[40]

Por outro lado, o Código Criminal do Império, de 1830, mantinha apenas a referência, em seu art. 65, a que "*as penas impostas aos réos* não prescreverão em tempo algum".[41]

Em 1890, com o Código Penal da República implantou-se a prescrição da condenação em seu art. 72.[42]

O Código Penal de 1940, muito em função da atuação de Nélson Hungria, é até hoje considerado um marco inovador no tema da prescrição, uma vez que apresentou uma nova sistemática da prescrição da pretensão punitiva estabelecendo-lhe causas taxativas de interrupção e suspensão.[43]

A reforma penal de 1984 alterou os contornos da prescrição, alterando profundamente os arts. 116 e 117, concernentes à suspensão e à interrupção da contagem do prazo de prescrição.

Mais recentemente, a Lei nº 12.234, de 4 de maio de 2010, alterou as regras da chamada prescrição retroativa, limitando-a aos marcos interruptivos posteriores ao início do processo penal, e alterou prazos prescricionais. Também, a Lei nº 12.650/12 estabeleceu um prazo especial – a data em que a vítima complete 18 anos – para a contagem do prazo prescricional dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, salvo que a esse tempo já tenha sido proposta a ação penal.

cII) Natureza jurídica e fundamentos

Discute-se a natureza jurídica da prescrição, especialmente focalizando-se na questão dos seus fundamentos. Em geral, as diferentes opiniões apontam em dois sentidos: uma entendendo existir um fundamento jurídico-material para a prescrição,[44] uma vez que a passagem do tempo eliminaria a necessidade do castigo e a própria exigência de punição, o que justificaria a cessação da pretensão de punibilidade; outra, de ordem jurídico-processual,[45] no sentido de que a passagem do tempo enfraquece a certeza que pode oferecer o acervo probatório.

Majoritariamente, no entanto, se vem aceitando uma interpretação mista,[46] no sentido de que ambos os fundamentos apontados são reais justificações da existência da prescrição.

Dentro dessas tendências todas, vários aspectos foram destacados como questões relevantes para fundamentar que a passagem do tempo fulmine a pretensão de aplicação de uma pena.

Desde um ponto de vista associado à prevenção geral em seu sentido negativo, afirma--se que a passagem do tempo contribui para o esquecimento do fato criminoso por parte da sociedade (teoria do esquecimento).[47]

A própria submissão do réu ao processo representa um suplício que, se exageradamente distendido no tempo, representaria expiação suficiente pelo crime (teoria da expiação).[48]

Esse mesmo passar do tempo, sem que haja uma reiteração criminosa, demonstra que a razão de punir, desde uma perspectiva de prevenção especial, já não se justifica (teoria da emenda),[49] além disso, faz com que a própria sociedade desenvolva

compaixão pelo criminoso (teoria da piedade).[50]

Fala-se, ainda, que o sujeito, com a passagem do tempo, se altera psicologicamente, tornando-se outra pessoa, o que inviabilizaria a punição, porque ela estaria sendo dirigida a pessoa diversa daquela contra quem a sanção deveria atuar (teoria psicológica),[51] e até mesmo a própria lesão do bem jurídico acaba sendo recuperada ou anulada em seus efeitos (teoria da exclusão do ilícito).[52]

Do ponto de vista político criminal, também se critica a pena imposta tardiamente, porque se torna desnecessária, afirmando-se ainda que a negligência persecutória do Estado[53] também é merecedora de sanção e esta sanção seria justamente a extinção da punibilidade e, mesmo, a prova produzida tardiamente reproduz apenas de modo muito tênue e arriscado, do ponto de vista da verdade como correspondência, o acervo probatório que suporta a eventual condenação (teoria da dispersão das provas).[54]

cIII) Prazos

Os prazos de contagem da prescrição da pretensão punitiva podem ser comuns ou diferenciados.

No que refere aos prazos comuns existe um marco geral sempre associado à pena máxima em abstrato prevista para o crime. Quanto maior a pena máxima em abstrato, mais largo é o prazo prescricional, seguindo sempre a tabela do art. 109 do Código Penal, que prescreve:

> "Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
> I – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
> II – em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
> III – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
> IV – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não

excede a quatro;

V – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano."

Como se trata de um instituto de direito material (causa extintiva da pretensão de punibilidade), a contagem desses prazos difere da contagem dos prazos processuais, pois é incluído o dia do início no cômputo geral. Do mesmo modo que são computadas as penas. Ademais, essa contagem de prazos não se suspende por férias, domingos ou feriados.

Esses prazos são aplicados indistintamente a todos os delitos, porém, podem ter uma contagem especial em dois casos específicos, onde se estabelece um decote da metade do prazo prescricional, estabelecida pelo art. 115 do Código Penal:[55] quando o autor do fato era menor de 21 anos na época de sua realização e quando o condenado é maior de 70 anos na época da sentença. Não se pode esquecer que a condenação em primeiro grau ainda não gera a sentença firme, que termina com as possibilidades de consideração da prescrição como causa de extinção da pretensão de punibilidade. Ainda é possível a interposição de recurso da sentença condenatória. A partir daí, sendo o réu maior de 70 anos, a contagem do prazo se reduz à metade.

A razão material para a existência desses prazos especiais é que a idade do réu afeta o fundamento da prescrição. Um jovem, menor de 21 anos, embora tenha plena imputabilidade penal, sem dúvida ainda tem muito pela frente em termos de seu desenvolvimento social, sendo amplas as possibilidades de que ele alcance um ajuste social, assim, o Estado é impelido a decidir com antecipação sobre a sua punibilidade. Do mesmo modo, a idade provecta conduz a uma maior dificuldade em suportar os rigores do cárcere, razão pela qual urge decidir sobre a punibilidade ou não do caso.

Ainda há os prazos especiais relativos às penas não privativas de liberdade. Pode haver imposição de pena restritiva de direitos ou multa cumulativamente às penas privativas de liberdade, como é o caso do homicídio culposo de trânsito (art.

302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1987) ou do crime de furto (art. 155 do Código Penal).

Para a solução da questão estabeleceu-se a regra geral de que as penas mais leves prescrevem com as mais graves no art. 118 do Código Penal[56] e normas específicas sobre a contagem do prazo prescricional das penas restritivas de direitos, no parágrafo único do art. 109 do Código Penal,[57] estabelecendo especificamente igualdade entre os prazos prescricionais das penas restritivas de direitos e das penas privativas de liberdade, e na pena de multa, no art. 114 do Código Penal,[58] ficando em dois anos quando ela é isoladamente cominada ou aplicada e em prazo idêntico à privação de liberdade quando ela é cumulada com esta.

Assim, acaba havendo uma certa *acessoriedade* das penas cumulativas, em face da privação de liberdade, a efeitos de contagem de prazo prescricional.

O prazo prescricional em casos de concurso de crimes deve ser computado individualmente, o que significa que cada fato tem sua própria contagem de prazo prescricional (art. 119 do Código Penal),[59] fazendo com que um fato menos grave que vem sendo apurado possa prescrever, perdendo-se a pretensão de punibilidade quanto a ele, fazendo com que prossiga o processo apenas com relação ao fato mais grave.

Finalmente, cumpre observar que, conquanto o art. 113 do Código Penal faça referência a um prazo diferenciado para a reincidência em caso de reincidência, a disposição legal em questão não guarda referência à prescrição da pretensão punitiva, que é causa extintiva da pretensão de punibilidade, mas sim, somente sobre pretensão da pretensão executória, que tem natureza de incidente processual de execução. O tema inclusive já foi assentado pelo enunciado número 220 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.[60]

cIV) Fórmula de contagem dos prazos prescricionais

O art. 111 do Código Penal[61] regula a fórmula de contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva, estabelecendo os termos iniciais da contagem do prazo.

Como a prescrição da pretensão executória é uma causa extintiva da pretensão

da punibilidade em sentido amplo,[62] ela não é contemporânea à realização do fato, muito pelo contrário. A produção do resultado delitivo é o marco inicial de sua contagem. A consumação do tipo é o ponto de partida da contagem do prazo prescricional.

Evidentemente, em caso de tentativa, o tipo não se perfaz, não se produz o resultado delitivo. Nesse caso, o ponto inicial da contagem do prazo é o dia em que o último ato de execução foi produzido, ou seja, no dia em que interrompeu-se a atividade criminosa.

A solução é similar nos crimes permanentes. Afinal, nesses delitos a conduta é dilatada de modo a estender-se no tempo. Tome-se como exemplo o ato de ter drogas em depósito. Enquanto mantenha em depósito as drogas, segue existindo o crime. Portanto, nesses delitos, o fim da consumação é tomada como referência. O termo inicial da contagem do prazo prescricional é o dia em que a permanência cessa.

Nos crimes de bigamia ou de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, estabeleceu-se que o termo inicial deve ser a data em que o *fato se tornou conhecido*.

A legislação não indica de quem é o conhecimento exigido para deflagrar a contagem do prazo prescricional, mas o entendimento só pode ser no sentido de que tal conhecimento é das autoridades públicas com poder persecutório em relação a esse tema.

Recentemente, a Lei nº 12.650 inseriu um inciso V no art. 111, para estabelecer que a prescrição começa a contar *"nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal"*.

A razão para isso é que nos crimes sexuais envolvendo crianças e adolescentes, a procrastinação no deflagrar da persecução penal envolve outros fatores além dos tradicionais relacionados à prescrição, pois surge o medo de se manifestar a respeito do fato, a vergonha de ser vítima e de expor a situação a que foi submetida, a sensação de humilhação e impotência, especialmente em situações onde os algozes

são os próprios responsáveis legais, logrando impedir que o fato venha a tona.

Desse modo, o foco do legislador certamente foi permitir que haja ainda persecução quando a vítima, mais madura e em condições de enfrentar melhor as consequências de um processo, possa manifestar sua vontade. Assim, alterou-se o marco inicial da prescrição envolvendo os delitos praticados contra dignidade sexual das vítimas para favorecer sua intervenção.

Outrossim, cumpre referir que conquanto o legislador tenha procurado oferecer uma incidência ampla para o dispositivo anunciado, ele somente tem aplicabilidade para os “crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes”, previstos no Título VI, Capítulo II, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 12.015/09 visto que não há em quaisquer outros diplomas legais a classificação jurídica de “crimes contra a dignidade sexual”.

cV) As causas interruptivas e suspensivas dos prazos prescricionais

A fórmula do Código Penal para a contagem do prazo prescricional é deflagrada pelo termo inicial computando-se até o momento em que encerra o espaço de afirmação da pretensão de punibilidade, qual seja, a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Contudo, fosse essa a contagem pura e simples, em vista do sistema recursal do processo penal brasileiro, certamente faria com que a imensa maioria dos fatos inquinados de suspeita de serem criminosos sofressem a incidência da prescrição da pretensão punitiva, afastando a pretensão de punibilidade.

Estabeleceu-se então um rol de situações em que estaria justificada a retomada da contagem do prazo prescricional *ab initio* pela suposta existência de uma manifestação inequívoca de pretensão de punibilidade por parte do Estado. Estas são consideradas *causas interruptivas da contagem do prazo prescricional*, e são arroladas no art. 117 do Código Penal.[63]

O elenco dessas causas interruptivas são o recebimento da denúncia ou da queixa; a pronúncia e a eventual decisão confirmatória desta em julgamento de recurso em sentido estrito, nos crimes dolosos contra a vida; a publicação da sentença

ou do acórdão condenatórios recorríveis.

Note-se que a publicação da sentença de pronúncia é reconhecida como causa interruptiva do prazo prescricional, a despeito de que, *a posteriori*, no julgamento do recurso, o Tribunal entenda por bem afastá-la. A matéria já foi sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.[64]

A interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime por disposição do § 1º do art. 117 do Código Penal. Há também, no mesmo dispositivo, a previsão de que nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. A regra visa contemplar as situações de crimes dolosos contra a vida, próprios do rito do Tribunal do Júri, que contemplam a pronúncia e a possível decisão do eventual recurso em sentido estrito manejado contra a decisão de pronúncia, que são causas de interrupção específica desses crimes. Como existe uma *vis atrativa* dos demais delitos conexos aos dolosos contra a vida, levando todos a julgamento pelo Tribunal do Júri,[65] o que se pretende é fazer incidir as causas de interrupção próprias dos crimes dolosos contra a vida, aos demais delitos por estes atraídos em função da conexão.

O § 2º do art. 117 estabelece o termo inicial da contagem do prazo prescricional interrompido, estabelecendo expressamente a data da interrupção.

Ao lado das causas interruptivas da contagem do prazo prescricional reconheceram-se algumas situações de questões prejudiciais à contagem desse prazo, cuja retomada imediata não é recomendável tendo em vista que o prejuízo a tal contagem pode distender-se por mais tempo.

Para atender a essas questões, criou-se, no art. 116 do Código Penal, um rol de causas de suspensão de contagem do prazo prescricional. Nas hipóteses de suspensão, o prazo é suspenso, e quando retomado, desconta-se aquele anteriormente computado. Ou seja, deixa-se de contar o prazo prescricional durante a duração da causa prejudicial, retomando-se, após sua cessação, do ponto em que a contagem foi suspensa. O rol aí estabelecido pela reforma penal de 1984 foi completamente alterado pelo advento da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, que modificou a redação de um dos incisos do art. 116, bem como inseriu outros dois, bastante

polêmicos.

A primeira hipótese (art. 116, inciso I, do Código Penal) é a pendência de questão não dirimida em outro processo, da qual dependa o reconhecimento do juízo de suspeita suficiente (a presença de um tipo de ação ou omissão) para deflagrar o procedimento de apuração da existência de um crime. Por exemplo, em um crime de apropriação indébita, a existência de uma disputa sobre a propriedade do objeto em um processo cível entre o agente da apropriação e a suposta vítima. Assim, suspende-se o prazo prescricional até que seja dirimida a questão no processo prejudicial, quando então, retoma-se tal contagem.

O segundo caso é enquanto o agente cumpre pena no exterior (art. 116, inciso II, do Código Penal). A redação é dada pela Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, que simplesmente trocou a palavra "estrangeiro" do texto original, por "exterior", sem fazer com que perdesse o sentido de significar a necessidade de suspensão da prescrição quando o agente cumpre pena fora do país. É que nesse caso, não é possível que ele acompanhe o processo de apuração de sua responsabilidade penal no país, coisa que pode comprometer a ampla defesa. A medida faz sentido, uma vez que o Brasil não mantém tratados de extradição para com todos os países.

A questão da ampla defesa também foi a inspiradora da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996 – que entrou em vigor a 17 de junho de 1996 –, e estabeleceu nova redação para o art. 366 do Código de Processo Penal, determinando que quando o réu seja citado por edital e não compareça para defender-se, terá suspenso o processo e também a contagem do prazo prescricional.

Parte da doutrina tem observado que surge, a partir dessa causa de suspensão, insustentável situação de imprescritibilidade, já que não há previsão de prazo máximo da referida suspensão.[66] Há, porém, quem discorde, afirmando que os casos de imprescritibilidade são aqueles onde a contagem do prazo prescricional sequer se inicia.[67]

Com efeito, na presente hipótese, o caso é de suspensão de contagem do prazo prescricional e não de imprescritibilidade, pelo que a suspensão tem um fundamento material, derivado de uma ocorrência em concreto. Somente a cessação da causa

material determinante da suspensão permite sua retomada.

Cumpre observar que as demais causas de suspensão de contagem do prazo prescricional do Código Penal tampouco têm limite de prazo para a retomada da contagem, associadas que estão, sempre, à condição resolutiva da causa prejudicial. Aqui também está presente uma cláusula resolutiva, que é o comparecimento do réu ao processo penal para defender-se. Somente seria possível tratar de modo diverso a questão processual se houvesse um fundamento específico para tanto que lograsse superar essa igualdade.

A Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 inseriu também a causa de suspensão da prescrição *na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis* (art. 116, inciso III, do Código Penal).

A fórmula empregada é absolutamente confusa e inaplicável. Perceba-se que o intento foi de buscar controlar, de alguma forma, a interposição de recursos meramente protelatórios[68]. É bastante óbvio que o sistema recursal do Código de Processo Penal é completamente falido e responsável por uma prestação jurisdicional morosa, facilitando sobremaneira que os processos terminem extintos sem julgamento de mérito justamente em face da prescrição. O modelo do sistema prescricional brasileiro, por suas peculiaridades já apontadas, facilita que o emprego de sucessivos recursos conduza a este resultado.

Diante desta realidade, a opção do legislador, ao invés de buscar uma correção do sistema recursal, enxugando e ordenando instâncias e mecanismos revisionais para evitar que ocorra a prescrição, optou-se por trabalhar, ao contrário, uma fórmula de distensão da prescrição derivada de certos recursos, quando dirigidos a Tribunais Superiores.

É bastante óbvio que a medida visava um ajuste da situação da prescrição à jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores. Há tempos que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça[69] fixaram entendimento de que quando o recurso é manifestamente inadmissível, retroage a coisa julgada à data da interposição do último recurso inadmitido. Com isso, de forma artificial, move-se para trás a coisa julgada, no intento de evitar que seu cômputo real conduza à

prescrição. Com isso, a jurisprudência tenta minimizar os efeitos da chamada prescrição intercorrente (veja-se tópico c.VI, adiante).

Obviamente a solução da jurisprudência passa longe de ser a melhor, entretanto, tampouco é de se festejar a solução legislativa, na medida em que a inserção desta causa suspensiva do prazo prescricional provoca uma tremenda confusão e abre passo para a ocorrência de situações aberrantes.

Isto porque trata-se de uma causa suspensiva curiosamente retroativa! A condição para que os embargos de declaração ou recursos a instâncias superiores suspendam o prazo prescricional é sua inadmissibilidade, que, obviamente, não pode ser aferida no momento de sua interrupção. Surge aqui uma situação muito inusitada, pois a declaração *a posteriori*, por parte da instância *ad quem* do recurso, quando o declare inadmitido, gerará um curiosíssimo efeito *ex tunc* de suspensão de contagem de um prazo prescricional, até então fluido! Como consequência, pode ocorrer que um procedimento que alcance seu prazo prescricional entre a interposição e o juízo de admissibilidade do recurso respectivo seja extinto pela prescrição e depois, tenha seu prazo prescricional suspenso, voltando atrás no que tange à extinção o que seria uma rematada incongruência.

Ademais, diversamente de toda a lógica das causas suspensivas de contagem do prazo prescricional – a existência de um impedimento de que o processo tenha fluxo normal – no caso deste inciso, a suspensão se dá precisamente através de um impulso processual. É verdade que esse impulso falha, mas não há como sabê-lo sempre de antemão. Portanto, o que deflagra a suspensão de contagem do prazo prescricional é exatamente o oposto do que costuma ser a regra.

Há ainda um problema de procedimento legislativo. Na redação original do projeto de lei constava a suspensão da prescrição *na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores,* estes *quando inadmissíveis* (grifei). Na redação da lei aprovada, a palavra "estes" foi suprimida, abrindo passo a uma discussão interpretativa muito importante: a inadmissibilidade recursal refere-se exclusivamente aos recursos às instâncias superiores ou também aos embargos de declaração em quaisquer instâncias? Isto resulta importante, porque os embargos de

declaração quase nunca serão inadmitidos, pois, possuem uma fórmula muito simples que leva a que, quase que de regra eles sejam conhecidos e rejeitados. Desta forma, se entendido que a supressão da palavra "estes" no processo legislativo foi deliberada para incluir a exigência de inadmissibilidade também aos embargos, é praticamente certo que esta suspensão da prescrição não terá lugar nunca. Bastará ao interessado promover sucessivos embargos de declaração estruturalmente (quanto à forma) perfeitos. Eles serão sempre admitidos, conhecidos em seu mérito, ainda que terminem rejeitados. Além disso, não se logra compreender se os embargos referidos no dispositivo são aqueles interpostos apenas nos Tribunais Superiores ou se incluem também os interpostos nas instâncias inferiores. Esta dubiedade há de ser aclarada pela jurisprudência, provavelmente em favor do entendimento de que sejam apenas os embargos para a instância superior, pois aí é exatamente onde começa, de regra, a operar a prescrição intercorrente.

Por último, a mesma Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 criou outra causa de suspensão de contagem do prazo prescricional *enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal*.

Esta faz completo sentido, já que a mesma lei inova criando o chamado *acordo de não persecução penal*, como instrumento de política criminal visando a solução abreviada dos casos penais. Não compete aqui analisar o mérito da adoção da fórmula do acordo, mas é forçoso reconhecer que como este acordo implica, de regra, o cumprimento de providências que se protraem no tempo, deve-se evitar que ele se converta em razão para protelar indevidamente o fluxo do processo penal. Afinal, trata-se de medida muito equivalente à hipótese de suspensão do processo já referida, determinada pelo desaparecimento do réu (art. 366 do Código de Processo Penal), pelo que, não é de estranhar que tenha os mesmos efeitos.

c.VI) Prescrição intercorrente

Há uma modalidade especial de prescrição da pretensão punitiva, que é a denominada prescrição intercorrente.

Trata-se da figura descrita pelo art. 110, § 1º, do Código Penal.[70] Cuida-se de

uma situação muito peculiar onde tem lugar uma intercorrência que é a existência de uma sentença condenatória em primeiro grau com a qual se conforma a acusação, mas não se conforma a defesa.

Nesse caso, havendo recurso exclusivo da defesa, o Código de Processo Penal em seu art. 617,[71] proíbe expressamente que se imponha pena maior do que a fixada em primeiro grau (*reformatio in pejus*). Como consequência, a pena fixada em primeiro grau passa a ser o limite máximo que pode ser obtido quando da sentença transitada em julgado.

Dessa forma, deixa de existir razão para a contagem do prazo prescricional entre a sentença condenatória recorrível e o acórdão do Tribunal, razão pela qual a pena fixada na sentença sob recurso passa a regular os prazos prescricionais da pretensão executória, mesmo antes de transitado em julgado *o decisum*.

d) O perdão judicial

O perdão judicial é um instituto pelo qual o juiz, embora reconhecendo a presença da pretensão de relevância, da pretensão de ilicitude e da pretensão de reprovação, verifica inválida a pretensão de punibilidade não por outra razão além das próprias circunstâncias em que se deu o fato.

Há situações concretas em que a norma perde pretensão de punibilidade porque o próprio resultado delitivo já traduz, em si, um castigo ao réu maior do que aquele que eventualmente uma sanção penal possa representar. Um bom exemplo disso é o que ficou conhecido como o caso *Mantilla*, no qual um comerciante levava sua filha de dez meses de idade para uma creche no bairro Laranjal, na cidade de Volta Redonda-RJ. Como a criança dormiu na cadeirinha instalada no banco traseiro do veículo, o pai distraiu-se e esqueceu de deixá-la na creche, sequer percebendo que ela se encontrava no carro, quando chegou ao trabalho. O comerciante tratou da compra de um carro, encontrou-se com dois amigos e foram, todos, em outro veículo, almoçar em um restaurante, enquanto a menina ficou em seu carro estacionado, trancada sozinha por cerca de quatro horas. Quando a esposa do comerciante telefonou para ele, estranhando que sua filha não estava na creche onde ela tinha ido

buscá-la, foi que ele se lembrou da menina. Ao encontrá-la verificou que a menina tinha morrido asfixiada pelo calor.

O caso, evidentemente, é de homicídio culposo. No entanto, não há qualquer sentido em aplicar-se uma pena a este pai, já completamente castigado por sua imprudência com o resultado do evento delitivo.

Para essa situação específica, o Código Penal brasileiro estabelece, em seu art. 107, inciso IX, que extingue-se a punibilidade "*pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei*".

Com essa submissão das hipóteses de perdão judicial aos casos *previstos em lei*, exige-se, para o reconhecimento dessa verdadeira *facultas agendi* judicial, uma previsão específica no dispositivo legal em questão. Assim, por exemplo, só no Código Penal admite-se a aplicação do perdão judicial para os tipos penais de homicídio (art. 121, § 5º), lesões corporais (art. 129, § 8º), injúria (art. 140, § 1º), receptação (art. 180, § 5º, 1ª parte), supressão de estado civil (art. 242, parágrafo único) e a subtração de incapazes (art. 249, § 2º). Há também hipóteses previstas em legislação penal especial, como é o caso do art. 13 da Lei nº 9.807/99, que trata das organizações criminosas.

O tema conecta diretamente com o tópico seguinte.

2.1.2 Causa geral supralegal de exclusão da punibilidade. O fundamento da pen

Se no perdão judicial há exigência de expressa previsão legal para as suas hipóteses de incidência, a ausência de tal previsão não implica em um beco sem saída. A verificação tópica, no caso concreto, de que a pena não tem nenhum fundamento no caso concreto, a torna injustificada. A norma, por consequência, perde sua pretensão de punibilidade.

Essa conclusão deriva da aproximação iniciada por Roxin em seu *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, onde propôs a substituição da categoria culpabilidade por responsabilidade, que traduziria os clássicos elementos da culpabilidade mais a necessidade de pena.[72]

A ideia geral de Roxin[73] é de que a responsabilidade deve consistir na

“realização dogmática da teoria político-criminal dos fins da pena”, determinando-se, no caso concreto, e em relação ao indivíduo específico, se existe uma “necessidade individual de pena”.

Onde a pena não corresponde ao seu fundamento, à sua razão de existir, não pode ser aplicada sem que se aflija, diretamente, a pretensão geral de justiça, afinal, toda pena aplicada inutilmente é essencialmente injusta. Portanto, a pretensão de punibilidade – a pretensão de que a aplicação da norma corresponda aos fins da pena – deve necessariamente fazer parte da pretensão geral de justiça, regente máxima da própria norma.[74]

Desse modo, é obrigatório que a pretensão de punibilidade faça parte da pretensão geral de justiça normativa, que representa a identificação do crime. Logo, a pretensão de punibilidade é parte essencial da afirmação do crime.

Não há crime onde a pena seja desnecessária.

Note-se que aqui se está avançando um passo mais na direção da contração do sistema penal, que agora não tem mais unicamente a tarefa de justificar-se intrinsecamente, como sistema dotado de coerência interna, a despeito da pena, mas também tem que agregar a justificação de sua consequência única e direta: a pena.

2.2 Causas especiais de exclusão da pretensão de punibilidade

Ao lado das causas gerais de exclusão da pretensão de punibilidade existem outras que são aplicáveis a um único ou a um grupamento de delitos. Estas são chamadas de causas gerais de exclusão da pretensão de punibilidade.

Aqui toma-se para análise aquelas que, embora figurem na parte geral do Código Penal, referem-se a grupos específicos de delitos. Convém referir, porém, a existência de várias outras em legislações especiais. Evidentemente, não seria possível esgotar todas as causas de exclusão da pretensão de punibilidade da legislação extraordinária. Assim, optou-se apenas por apresentar, aqui, aquelas que restaram elencadas pela parte geral do Código Penal, em seu art. 107 (o perdão do ofendido e a retratação do agente), e, como exceções, uma breve referência exemplificativa às escusas absolutórias, e outra pertencente à legislação

extraordinária, que somente se discute em função da especial importância que possui no campo do Direito Penal econômico, e a polêmica que ronda sua natureza jurídica: a sentença declaratória da quebra ou concessiva de recuperação, para os crimes falimentares.

2.2.1 O perdão do ofendido

O sistema processual brasileiro admite que a iniciativa da ação pertença ao réu em alguns contados casos.

Nesses casos, conquanto o Estado seja quem, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, deva regular e aplicar a pena, permite ao particular que promova toda a persecução. Transfere-se, assim, ao ofendido ou a seus representantes legais, a possibilidade de pretender a obtenção do resultado final do processo penal, ou seja, uma pena.

Se a vítima, no entanto, entende que não há motivos para perseverar em uma persecução penal, independentemente dos motivos, justamente porque a ela é transferida a faculdade persecutória, pode simplesmente perdoar o réu.

O perdão é uma causa extintiva da pretensão de punibilidade.

Trata-se de uma causa *especial* extintiva da pretensão de punibilidade, porque não se aplica a todos os crimes, de modo geral, mas apenas àqueles crimes cuja persecução somente possa ser deflagrada pela via da ação penal de iniciativa do ofendido.

Ocorre, porém, que esse perdão deve ser um ato bilateral. Embora seja uma iniciativa do ofendido, para funcionar a efeitos de uma extintiva da pretensão de punibilidade, necessita da aceitação do réu.[75]

A razão para isso é que o réu pode perfeitamente ter outras aspirações no plano da ação penal, como, por exemplo, demonstrar que foi vítima de uma denunciação caluniosa, para fins de obter a respectiva indenização cível.

O perdão pode ser concedido nos próprios autos do processo – quando é chamado de perdão processual – ou fora dos autos do processo – quando é chamado extraprocessual.[76] Nesse último caso, poderá ser expresso ou tácito. O perdão

expresso normalmente toma forma de uma declaração escrita do ofendido e o tácito corresponde, de regra, à prática de algum comportamento com relação ao processo persecutório, incompatível com a pretensão de obter a pena para o réu.[77]

O perdão do ofendido é uma causa de extinção da pretensão de punibilidade em sentido amplo, pois só tem lugar depois de realizada a conduta perseguida.[78] É que só é possível perdoar algo que já foi feito. Daí a impossibilidade de concomitância para com a conduta.

2.2.2 A retratação do agente, nos casos em que a lei o admite

A retratação do agente é outra hipótese de extinção da pretensão da punibilidade especial e não geral. É que a figura aparece no art. 107 do Código Penal acompanhada da expressão *nos casos em que a lei o admite*. Isso significa, logicamente, que nem todos os crimes podem ter reconhecida a extinção da pretensão de punibilidade a partir da retratação do agente.

A retratação, que consiste em um ato de voltar atrás em algum posicionamento, tem especial emprego nos crimes de calúnia e difamação, no crime de falso testemunho ou falsa perícia, todos tipificados no Código Penal.

No que refere à calúnia e à difamação, a previsão legal expressa exigida pelo dispositivo encontra-se no art. 143 do Código Penal;[79] no caso do falso testemunho ou falsa perícia, o tema é tratado no § 3º do art. 342 do Código Penal.[80]

Como causa extintiva da pretensão de punibilidade que é, a retratação do agente somente tem lugar antes da sentença.

No caso do falso testemunho ou falsa perícia, porém, há uma dúvida a respeito de se a retratação deve dar-se antes da sentença que apura o crime de falso ou antes da sentença que apura o crime no qual a decisão falsa foi prestada.[81]

A compreensão da retratação como causa extintiva da pretensão de punibilidade ajuda a dirimir a dúvida. A punibilidade, nesse caso, existe para o crime de falso testemunho ou falsa perícia. A retratação consiste em uma válvula de escape legislativa para que se reconheça a inutilidade da pena no caso concreto. Nada mais do que isso. Assim, não remanesce interesse na aplicação de uma pena nas situações

de retratação. A restrita previsão da aplicabilidade dessa causa extintiva, limitando-a às hipóteses previstas em lei, faz com que se compreenda que a lesividade potencialmente gerada pelo delito nesses casos específicos – ao menos no que concerne ao interesse público – é tratada como recuperada pela atitude reparadora do réu, a despeito de que o bem jurídico atacado remanesça ofendido.

Note-se que a injúria e a calúnia já projetaram seus efeitos quando ocorre a retratação. Assim, a questão do falso testemunho ou falsa perícia deve obedecer a mesma regra.

2.2.3 Escusas absolutórias

As escusas absolutórias possuem sempre um caráter pessoal,[82] o que significa que são aplicáveis tão somente aos crimes especificamente para os quais são criadas. Obviamente, o estudo das escusas absolutórias é um problema muito mais de parte especial do que de parte geral. Por essa razão, o comentário aqui lançado visa nada mais do que apresentar os contornos do instituto, ilustrando com alguns exemplos.

As escusas absolutórias (ou, em uma terminologia moderna, *causas pessoais de exclusão da punibilidade*) são causas extintivas de punibilidade em sentido estrito,[83] pois excluem a pretensão de punibilidade no mesmo momento da ocorrência dos demais requisitos do delito, ou seja, são contemporâneas àquelas.

A característica de pessoalidade das escusas absolutórias conduz a uma consequência necessária de incomunicabilidade. Se o afastamento da pretensão de punibilidade é de caráter pessoal, não poderá ser estendida ao partícipe, por exemplo. É exatamente o que acontece, de modo expresso, por exemplo, no caso do art. 183, inciso II, do Código Penal.[84]

O exemplo clássico apontado pela doutrina como escusa absolutória é o art. 181 do Código Penal brasileiro,[85] que afasta a pretensão de punibilidade do crime patrimonial sem violência praticado entre cônjuges e entre ascendentes e descendentes.

A razão político-criminal desse instituto diz respeito à comunhão entre os cônjuges, durante a sociedade conjugal, dos bens e valores adquiridos, bem assim, da

relação dos direitos de herança.

2.2.4 A sentença de quebra, concessiva de recuperação judicial ou extrajudicial crimes falimentares

Embora não sejam todas as causas extintivas de punibilidade decorrentes de lei especial tratadas nesta obra, dada sua extensão e variedade, as sentenças de quebra, concessiva de recuperação judicial ou extrajudicial merecem uma referência específica em função da ampla polêmica que geraram justamente a respeito da sua natureza jurídica em relação ao sistema penal.

Há muito que se discute sobre se tais sentenças constituem condição específica de procedibilidade, condição objetiva de punibilidade ou elemento constitutivo do tipo falimentar.

O legislador brasileiro, tentando dirimir a polêmica, ao editar a nova lei de falências (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005) optou por expressamente defini-la no art. 180,[86] como condição objetiva de punibilidade.

A primeira questão polêmica que surge quanto a essa afirmação diz respeito à classificação da circunstância como elemento autorizador da pretensão de punibilidade. Isso porque, como já visto,[87] as causas extintivas da pretensão de punibilidade em sentido estrito são aquelas que ocorrem concomitantemente ao tipo de ação, enquanto que as causas extintivas de punibilidade em sentido amplo, são as que têm lugar depois do fato, e antes da sentença transitada em julgado.

Pois bem.

A referência que consta do dispositivo legal citado é que essa sentença é condição objetiva de punibilidade de todos os crimes previstos na lei. Obviamente, com relação aos crimes ante--falimentares ou ante-recuperação judicial, constituirá uma causa objetiva de punibilidade em sentido amplo, sem nenhum problema. O que dizer, porém, dos delitos previstos na mesma lei que são pós-falimentares ou pós-recuperação judicial? Nesses casos, acaba completamente a possibilidade de que a sentença seja condição objetiva de procedibilidade em sentido amplo ou em sentido estrito, já que ela não ocorre durante e nem após o tipo de ação, mas sim antes!

Outrossim, é vasta a gama de situações prévias ao acontecimento fático do tipo de ação que são elencadas na pretensão conceitual de relevância. Veja-se, por exemplo, apenas no Código Penal, a sujeição do menor ao poder do autor no art. 247, o casamento anterior no crime de bigamia, art. 235, a obra pública ou serviço de interesse coletivo, no art. 201, a posse prévia do bem no peculato, art. 312, entre muitíssimos outros.

Sem dúvida, a sentença referida, nos crimes pós-falimentares pode perfeitamente ser entendida como elemento constitutivo do tipo de ação, remanescendo como condição de realização da pretensão de punibilidade apenas nos crimes pré-falimentares. Essa é a melhor solução a respeito do tema. Esse também foi o entendimento de Frederico Marques,[88] e Hélvio Simões Vidal[89] e Julio Fabbrini Mirabete.[90]

Discordando, entendendo que a sentença declaratória da falência ou da recuperação judicial é condição intrínseca da punibilidade, aparecem, entre outros, Oscar Stevenson,[91] Manoel Pedro Pimentel[92] e Cezar Roberto Bitencourt.[93]

As causas extintivas da pretensão de punibilidade são sempre contemporâneas ou posteriores ao fato criminoso. Na concepção aqui adotada, as condições de punibilidade são elementos objetivos extrínsecos à ação ou à omissão, concomitantes ou sucessivos à execução do próprio fato e sem o concurso dos quais este não é punível porque não constitui crime.[94]

Assim, a solução parece ser reconhecer que a sentença declaratória da falência é condição objetiva de punibilidade dos crimes ante-falimentares, exceto quando a quebra é elemento da pretensão conceitual de relevância do crime. Nesse caso, porque é dado pressuposto quando da ocorrência da conduta, torna-se elemento da pretensão conceitual de relevância (tipicidade formal).[95]

A principal consequência dessa opção diz respeito à prescrição, que começa a correr sempre quando o crime se consuma. A consumação do fato criminoso depende da falência, como condição de punibilidade. Evidentemente, nos crimes pré-falimentares, a prescrição só começa a correr da data da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação

extrajudicial. Nos crimes pós-falimentares, somente quando todos os seus elementos estão presentes. Neles, a decretação da falência é um dos elementos, mas nunca o resultado. Com isso, se evita o entendimento torto de que nos crimes "pós-falimentares" possa a prescrição começar a correr antes mesmo da consumação do crime.

O legislador brasileiro, definitivamente, equivocou-se ao pretender impor uma impossível simetria da tratativa da sentença declaratória de falência entre os crimes ante-falimentares e pós-falimentares.

3 REQUISITOS DE PERSECUÇÃO

Os requisitos de persecução não constituem causas extintivas da pretensão de punibilidade, mas muitas vezes são com elas confundidos, não apenas em função de sua situação tópica na lei, como também pela própria tratativa doutrinária e forense de seus conteúdos em conjunção com verdadeiras situações de extinção da pretensão de punibilidade.

Aqui serão tratados brevemente esses institutos, apenas com o escopo de diferenciá-los das causas extintivas da pretensão de punibilidade.

3.1 Renúncia do direito de queixa nos crimes de ação penal privada

Essa é uma situação especial dos crimes cuja iniciativa da ação penal pertence às próprias vítimas. Nas ações penais de iniciativa privada, poderá a vítima, que dispõe do poder de dar o impulso processual inicial, simplesmente renunciar ao seu exercício.

Trata-se de ato unilateral do ofendido, representando a desistência do direito de ação. Como ele é um ato que antecede a propositura da própria ação penal, não se pode falar em pretensão normativa de punibilidade, afinal, não há pretensão alguma direcionada a qualquer castigo.

Nota-se, pois, que só haverá pretensão de punibilidade da norma uma vez manifestada a condição específica de procedibilidade, que constitui um verdadeiro requisito de persecução. Isso não pode, de modo algum, ser confundido com

desistência da punibilidade. Só é possível desistir-se da punibilidade de algo que é típico, ilícito e reprovável, coisa que não pode sequer ser inferida se o ponto de partida – o ofendido – legitimado a deflagrar a persecução não o faz.

3.2 Ausência ou retratação da representação nos crimes de ação penal pública condicionada

Exatamente a mesma coisa que ocorre com a representação nos crimes de ação penal pública condicionada. É a vítima, ou seus representantes legais, quem pode autorizar o início da persecução. A ação é movida pelo Ministério Público, mas com autorização do ofendido.

Ocorre que, se essa condição não se cumpre, o que resta impedido, outra vez, é a persecução, qual seja, a própria afirmação de que houve delito. Não se pode reconhecer tipo de ação ou omissão, nem pretensão de ilicitude, nem pretensão de reprovação, unicamente porque se impediu a demonstração processual de qualquer dos elementos que compõem o crime. Isso deixa mais do que evidente que se trata apenas de uma incidência de execução.

O direito de representar é exercido pela vítima pessoalmente ou por procurador com poderes especiais (art. 39 do Código de Processo Penal).

A representação não possui forma específica, consistindo em simples manifestação de vontade do ofendido ou seu representante, no sentido de autorizar o Ministério Público a proceder a persecução. Essa manifestação, porém, pode ser dirigida ao juiz, ao Ministério Público ou à autoridade policial.

Como se trata da uma autorização, uma verdadeira condição de procedibilidade, uma vez oferecida, somente pode ser retratada até o oferecimento da denúncia, pois uma vez deflagrada a atividade persecutória, já não cabe voltar atrás.

3.3 Decadência

A decadência é definida pelo Código Penal, em seu art. 103, como a perda do direito de ação privada ou de representação, em face do decurso de tempo.[96]

O artigo determina um ponto inicial para que o vitimado se manifeste a respeito

da persecução do crime em questão que é o momento em que tenha ciência sobre a autoria do fato.

Não exercido o direito de representação ou queixa, no prazo decadencial de seis meses desde o termo inicial, fenece a possibilidade de iniciar a persecução. Portanto, o tema diz respeito unicamente à possibilidade processual de atuar, vale dizer, se perde o direito de exercer o impulso processual necessário para buscar o reconhecimento, via processual, que determinado fato configura um crime. Daí que não se trata de uma exclusão da pretensão de punibilidade.

3.4 Perempção

> A perempção é a perda do direito de prosseguir na ação penal privada, em face de inércia. Trata-se, portanto, de um incidente específico das ações penais privadas.

Além disso, também se trata de um incidente processual que só tem lugar na ação penal já deflagrada. Ou seja, a ação penal já começou, mas a falta de alguma atividade específica de impulso processual que incumbe ao acusador privado conduz a que o processo simplesmente termine.

A ação penal será extinta sem que haja o reconhecimento da existência de um crime. Isso demonstra que não se trata de uma exclusão de punibilidade. Se fosse, deveriam estar demonstradas as demais subpretensões da pretensão geral de justiça (relevância, ilicitude e reprovação). O que ocorre, na verdade, é a mera interrupção incidental da persecução.

Os casos de perempção são descritos no art. 60 do Código de Processo Penal: quando o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos; quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36 do mesmo Código de Processo Penal; quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente; quando o

querelante deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

A perempção só atinge as ações penais privadas exclusivas, sendo que, se a ação em que ocorra uma das situações acima descritas é uma ação penal privada subsidiária da pública, a inércia do querelante somente levará a que o Ministério Público retome o curso da ação penal, prosseguindo com ela.

4 INCIDENTES PROCESSUAIS AFLITIVOS DA EXECUÇÃO DA PENA

Como antes apontado, na interpretação que se faz aqui da categoria *pretensão de punibilidade*, como um aspecto integrado na teoria do delito, o marco divisório de considerações jurídicas para sua identificação é a sentença condenatória transitada em julgado.

A razão para isso é simples e de ordem linguística. Não se pode falar em *falta de pretensão de punibilidade* em situações em que a punibilidade está acontecendo, ou seja, já foi iniciada.

O início da punibilidade se dá com a pretensão de execução da pena, ainda que esta não se tenha iniciado. Uma vez que transita em julgado a condenação, se cumpre (ou, ao menos, se tenta cumprir) a pena, se expedem mandados de prisão ou notificações para o cumprimento de penas não privativas de liberdade. Ou seja, aí, tem início o exercício da punibilidade propriamente dito.

Se esta, de algum modo, é interrompida, isso não traduz uma conclusão pela inidoneidade ou desnecessidade da pena, mas sim uma desistência quanto à sua continuidade. Pura e simplesmente.

Daí que figuras agrupadas ao art. 107 do Código Penal que pressupõem a pena transitada em julgado, tais como a prescrição da pretensão executória, a prescrição retroativa (exclusividade do Direito penal brasileiro) e as medidas como graça, anistia,[97] indulto ou comutação de pena, justamente porque pressupõem a condenação, não podem ser consideradas causas extintivas da pretensão de punibilidade.

4.1 Anistia

A anistia consiste no esquecimento da infração penal, renunciando o Estado ao poder punitivo em relação a ela.[98] Essa circunstância faz desaparecerem as consequências penais, tais como o cumprimento da pena, porém, não abrange os efeitos civis de uma condenação penal.

A anistia sempre se vincula a fatos e não a pessoas, havendo limitação constitucional quanto à sua concessão (art. 5º, XLIII, da Constituição da República).

O art. 48, inciso VIII, da Constituição da República, regulamenta a forma d concessão da anistia, que é pelo Congresso Nacional, através de projeto de lei com sanção do Presidente da República.

Como a anistia se dirige a tipos determinados, ela opera um duplo efeito, tanto para os casos passados que foram apurados, quanto para os que não foram. Nos casos em que a pena já chegou a ser aplicada, e surge a anistia *a posteriori*, evidentemente não se está tratando de causa extintiva da pretensão de punibilidade, pois o castigo já se efetivou. Com relação aos casos em curso e ainda não apurados, ela opera uma *abolitio criminis*, pois como ela se refere ao tipo de crime e não à pessoa, abrangendo indistintamente quem quer que seja, o que ocorre é o afastamento do próprio tipo de ação. Portanto, de forma alguma a anistia pode ser considerada causa de extinção da pretensão de punibilidade.

O foco da anistia costuma ser os crimes políticos, visando a pacificação e a cessação de hostilidades entre grupos de pessoas, como aconteceu com a superação do golpe militar de 1964 no Brasil. Este é, talvez, o caso mais emblemático de anistia no Brasil, que segue sendo discutido.

A Lei nº 6.683 foi promulgada pelo então presidente João Batista Figueiredo em de 28 de agosto de 1979, ainda o período de ditadura militar. Com ela foi concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, e aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e

Complementares. Estabeleceu, ainda, a lei uma definição para os crimes *conexos* como sendo *"os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política"*. A aprovação da *Lei da Anistia* só foi possível por uma ampla campanha popular, em que se envolveram estudantes, jornalistas e políticos de oposição.

O texto amplo da lei, no entanto, claramente afastava a possibilidade de persecução dos torturadores, em função da conexão. Em abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a *Lei de Anistia brasileira* beneficia também os torturadores e demais agentes da ditadura, mas o tema ainda é alvo de intensa polêmica, pois remanesce a discussão sobre a recepção da lei pela nova Constituição de 1988, que veda o benefício da anistia para torturadores, contrapondo-se à irretroatividade da lei penal incriminadora.

No ano de 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil retomou o tema ingressando com a ADPF 153, que visava declarar que a Lei de Anistia não alcançava os atos de tortura dos agentes da ditadura.

A ação foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em 29 de abril de 2010, e rejeitada por sete votos a dois, tendo sido, após, remetida à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já, no mesmo ano de 2010, havia determinado ao Brasil que julgasse os crimes da ditadura militar.

4.2 Graça

A graça é uma espécie de medida de clemência soberana, dirigida já não a uma forma de incriminação específica, como na anistia, mas sim a uma pessoa específica. A graça se dirige à pessoa e não ao fato.

O soberano – especificamente a maior autoridade do poder executivo – concede a graça, impedindo que a sentença condenatória transitada em julgado seja executada. Permanecem, no entanto, os demais efeitos penais e civis do crime.

Só é aplicável a graça para criminoso cuja sentença tenha transitado em julgado,[99] até porque ela só tem sentido extintos os recursos procedimentais possíveis, pois só assim consistirá em *clemência soberana*.

É de observar que a Constituição da República não trata de graça, somente indulto, daí que costumeiramente a doutrina comece a referir-se a ela como *indulto individual*.[100] A Lei nº 7.210/84 fala justamente na hipótese de *indulto individual*,[101] e tal dispositivo não teve sua inconstitucionalidade declarada. O indulto concedido a pessoa individual é nada mais do que a graça. Portanto, o instituto parece intacto no Direito penal brasileiro.

4.3 Indulto e comutação de pena

O indulto consiste precisamente em uma espécie de graça coletiva. Trata-se de causa impeditiva do início ou da continuação de uma execução de pena, pressupondo, portanto, uma condenação com trânsito em julgado. Daí não poder ser considerado uma causa extintiva da pretensão de punibilidade.

O indulto pode ser total (pleno) ou parcial, ocasião em que toma o nome de comutação. A comutação não consiste no afastamento completo, mas sim na redução da sanção privativa de liberdade.[102]

A fonte do indulto também é a Presidência da República. A maior autoridade do executivo da nação é quem pode conceder o indulto, sempre sob a forma de decreto. Trata-se de competência privativa que lhe confere o art. 84, inciso XII, da Constituição da República. Ao fazê-lo, em geral o Presidente consulta o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o Ministro de Estado da Justiça.

É usual que, ao final de ano, por ocasião do Natal, se expeça um decreto de indulto, como, por exemplo, o Decreto nº 7.648, de 21 de dezembro de 2011.

O indulto ou a comutação atingem tão somente a pena, permanecendo os demais efeitos penais e civis do crime, inclusive a reincidência. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça incluiu, em sua Súmula, o enunciado 631, que refere: “O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais”.

4.4 Prescrição da pretensão executória

A prescrição da pretensão executória, conceitualmente, já está definida como

incidente de execução. Não é preciso grande esforço hermenêutico para compreender que somente é possível prescrever a execução de uma pena já fixada, portanto, não se pode falar em mera *pretensão de punibilidade*, mas sim em punibilidade assentada e concreta. Só pode prescrever a execução de uma pena já perfeitamente estabelecida.

O termo inicial da contagem da prescrição da pretensão executória, portanto, somente pode ser a sentença condenatória transitada em julgado, o início ou continuação do cumprimento de pena. Convém ressaltar que isso se deve a que a mais recente orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de não permitir a execução provisória de pena, ainda que transitada em julgado para a acusação determinada condenação, da qual ainda esteja pendente recurso, mesmo que este se dirija à instância superior.[103]

O *caput* do art. 110 do Código Penal[104] estabelece os termos e a fórmula de contagem do prazo da prescrição da pretensão executória, remetendo o intérprete ao mesmo quadro contido no art. 109 do Código Penal, que regula a prescrição da pretensão punitiva, porém, tomando agora como base a pena fixada. A razão para isso é simples: se há proporção entre o prazo de prescrição e a quantidade de pena, enquanto não se sabe qual vai ser a pena, ela pode alcançar o máximo, portanto, é justo que se lhe tome como medida do prazo da prescrição da pretensão punitiva. Entretanto, uma vez fixada a pena, ela não poderá ser ampliada, razão pela qual a prescrição da pretensão executória toma por base o valor da pena fixada.

Há, porém, a previsão de um prazo especial, que é o do reincidente. Se a pena fixada caracterizar reincidência, o prazo prescricional se amplia em um terço.

Uma vez que se inicie a execução, a pena vai diminuindo e esta diminuição necessariamente deve afetar outros incidentes relativos à execução, no plano da prescrição.

Por exemplo, o caso do prazo do fugitivo. O art. 113 do Código Penal[105] estabelece que, uma vez iniciado o cumprimento de pena, caso esta seja interrompida pela fuga do condenado, ou pela revogação do livramento condicional, abre-se novo prazo de contagem da prescrição até que ele volte a cumprir a pena. Esse prazo, porém, que é computado, outra vez, segundo a regra do art. 109 do Código Penal,

toma por base tão somente o tempo que resta de pena para ser cumprido.

Os termos iniciais da contagem do prazo prescricional da pretensão executória referem--se, obviamente, aos momentos em que se abre a pretensão de executar a pena, quais sejam: a sentença condenatória transitada em julgado ou o momento da interrupção de eventual execução de pena já iniciada, conforme dita o art. 112 do Código Penal.[106]

O prazo de contagem da prescrição da pretensão executória se interrompe: pelo início ou continuação do cumprimento da pena (inciso V do art. 117 do Código Penal) e pela reincidência (inciso VI do art. 117 do Código Penal) e pode ser suspenso (art. 116, parágrafo único, do Código Penal) durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo. Essa prisão é qualquer prisão, seja em flagrante, preventiva, temporária, ou derivada de sentença condenatória. Exclui-se desse rol tão somente a prisão extrapenal, decorrente, por exemplo, da condição de depositário infiel ou da execução de pensão alimentícia.

A prescrição da pretensão executória relativa à pena de multa, a partir do advento da Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, que converteu-a em dívida de valor, segue as regras administrativas próprias do executivo fiscal, por disposição expressa do art. 51 do Código Penal[107], preservando, no entanto, a competência da Vara Criminal e a titularidade do Ministério Público para a execução, conforme definido pela redação dada ao dispositivo legal pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

4.5 Prescrição retroativa

Finalmente, também há de ser considerado um incidente de execução e não uma causa extintiva da pretensão de punibilidade a prescrição retroativa (art. 110, § 1º, do Código Penal, *in fine*). Isso porque, aqui, a pena já está fixada por sentença transitada em julgado, não havendo mais possibilidade de aflição à pretensão de punibilidade.

Diz-se que pela impossibilidade da *reformatio in pejus*, não havendo recurso de parte da acusação, a pena fixada em sentença sob recurso passa a regular os prazos prescricionais da pretensão punitiva, contados retroativamente, entre a data do crime e o recebimento da denúncia, e entre esta e a publicação da sentença, ou, se for o

caso, pronúncia.

A prescrição retroativa é uma tradição exclusiva do Direito brasileiro. Cezar Bitencourt[108] refere que ela é produto de uma construção jurisprudencial nascida no Supremo Tribunal Federal que culminou com a edição do enunciado sumular nº 146, em 13 de dezembro de 1963, que tinha o seguinte texto: *"A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação"*, que era a concreção do princípio do *non reformatio in pejus*.

E foi no julgamento do HC 40.003, onde foi relator o Ministro Vitor Nunes Leal que o voto condutor da decisão discutiu justamente os efeitos retroativos da pena concreta em termos de prescrição, entendendo possível seu reconhecimento entre o fato e o recebimento da denúncia.[109] A tendência completamente liberal, dando amplitude para a aplicabilidade retroativa da contagem do prazo prescricional com base na pena em concreto, firmou-se, segundo Fábio Guaragni,[110] a partir de 1974.

Há severas críticas ao instituto da prescrição em sua fórmula retroativa, chegando a doutrina a qualificá-la de esdrúxula,[111] inconstitucional[112] e que contraria os próprios fundamentos do instituto da prescrição,[113] propondo-lhe interpretação absolutamente restritiva,[114] quando não, seu simples banimento da ordem jurídica.[115]

O grande problema da prescrição retroativa é, sem dúvida, a sua natureza jurídica. Ela não pode, de modo algum, ser considerada uma causa de exclusão da pretensão de punibilidade, porque ela toma como parâmetro a pena fixada transitada em julgado. Não se pode dar por extinta uma punibilidade que, tanto é pretendida pelo Estado, que fica estabelecida por uma sentença condenatória de modo concreto e quantificado. A extinção da pretensão de punibilidade representa uma declaração de ausência de necessidade de pena, na linha do que argumentava Roxin, ou seja, se declara que não é interesse punitivo (qualquer interesse punitivo). Uma vez que, na chamada prescrição retroativa, o Estado declara qual é a pena merecida pelo sujeito, ele não abriu mão da pretensão de puni-lo. O que acontece aqui é, obviamente, um incidente de execução.

Daí a necessidade de apresentar-se outra classe de fundamentação material para a existência dessa fórmula de prescrição.

Em princípio, seria possível argumentar que, quando se chega à pena definitiva, essa é a pena que o réu merecia desde o início, desde o fato, mas que só veio a ser descoberta ao final e isso justificaria que o prazo fosse recontado tomando por base, agora, a pena definitiva.

Há, porém, duas falhas cruciais nesse argumento. A primeira diz respeito à surpresa. Ou seja, a persecução segue, desde o início, tomando-se por referência a pena base, em seu máximo, no entanto, a expectativa de que, a *posteriori*, se fixe uma pena menor obrigaria o Estado a promover uma persecução mais célere com base hipotética, ou seja, fazendo um exercício de adivinhação a respeito de qual vai ser a pena no futuro. Para precaver-se, nesse sentido, somente seria funcional que se tomasse o prazo mínimo como referência, subvertendo a indicação do próprio artigo que regula a matéria. Entretanto, ainda assim não poderia haver certeza sobre a impossibilidade de prescrição retroativa, pois a terceira etapa de fixação da pena permite reduções desta aquém do mínimo do preceito secundário da norma incriminadora.

A segunda falha diz respeito a um aspecto político-criminal. Se o transfundo material da questão é a pena que o réu merecia desde o início, como se pode justificar a alteração promovida no art. 110, § 1º, do Código Penal[116] pela Lei nº 12.234, de 2010, que veda justamente tomar por termo inicial de contagem da prescrição a data do fato? Afinal, se o fato é o que fez merecer aquela pena, entre este e oferecimento da denúncia ou queixa, também haveria de computar-se tal prazo prescricional.

Ou seja, o advento da Lei nº 12.234, de 2010, tornou ainda mais obscuro o fundamento de um instituto que já possuía uma natureza jurídica, no mínimo, duvidosa. Trata-se de uma situação absolutamente imprevisível, sem referência com o fato delituoso e que impõe ao Estado uma atividade persecutória absolutamente incerta, com desperdício de dinheiro público para uma persecução que alvitra inútil.

Em função dessa flagrante inutilidade, cada vez mais vem ganhando força uma ideia igualmente esdrúxula: a da chamada prescrição em perspectiva, que consiste no reconhecimento da prescrição com base em uma pena que, conquanto ainda não fixada, se alvitra consista em determinada quantidade de pena. Trata-se, outra vez, de

uma suposição, cuja validade já foi amplamente contestada pelas Cortes Superiores, gerando, inclusive, enunciado sumular no Superior Tribunal de Justiça, de nº 438, com o seguinte texto: “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”. Além de todos os defeitos que se pode apontar para a prescrição retroativa, esse intento ainda acrescenta outro: a mais absoluta falta de previsão legal.

De *lege ferenda*, a solução para o caso seria tomar, de entrada, a pena mínima como referência já para a prescrição da pretensão punitiva, abolindo-se completamente a ideia de uma prescrição retroativa. Isso obrigaria, sem lugar a dúvidas, a que houvesse uma aceleração nos processos e logo, uma demanda por mais Juízes, Promotores de Justiça e Defensores públicos, providência que já há muito é reclamada pelas próprias instituições, com total razão.

---

1 Nesse sentido: MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. La “concepción significativ de la acción” de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionais del delito. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord.: Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001. p. 1174; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 567; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 487; e ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho penal. Parte General y Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 201. De modo um pouco diverso, mas também entendendo que a *punibilidade* é uma das categorias sistemáticas da afirmação do próprio delito, no Brasil, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Ter BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 512.

2 ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio*... c

p. 201.

3 A respeito dos efeitos práticos dessa conexão, veja-se: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010. p. 291 ss.

4 Veja-se: ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin-New Yo Walter de Gruyter, 1973. p. 33.

5 ROXIN, Claus. *Derecho penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de l teoría del delito*. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 38 ss.

6 Veja-se, sobre o tema: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. La relación del merecimie de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993. p. 21 ss.

7 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 441-442.

8 Grifou-se a expressão *graça*, grifo este que não consta do texto original, porque a palavra é empregada aqui por Vives, no sentido de um favor geral de não imposição e pena, e não no sentido técnico jurídico da expressão como é compreendida no Direito penal brasileiro que, entre outras coisas, exige como requisito a sentença penal transitada em julgado, que é justamente o que a converte não em uma exclusão de pretensão de punibilidade, mas sim em um incidente de execução.

9 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 487.

10 Apontando para a exigência: CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e deli* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 60.

11 Na visão e Orts e Berenguer, essa nova categoria do delito “recebe diversos nom como punibilidade, penalidade ou merecimento e necessidade de pena”, porém essa falta de acordo conceitual tem constituído, na doutrina, também uma fonte de discussão sobre o seu conteúdo, conceito, extensão, significado e situação sistemática na teoria do delito. ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁL CUSSAC, José Luis. *Compendio*... cit., p. 202. Também apontando para o uso de variados termos para significar a pretensão de castigo, bem como variada situação e conteúdo dogmático, veja-se CARVALHO, Érika Mendes de

Punibilidade e delito... cit., p. 35-57. O que se procura fazer, nesse desenvolvimento, é avançar no sentido de uma orientação específica da categoria.

12 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* cit., p. 567.

13 Sobre esse conceito estrito da categoria da punibilidade, vide por todos: DE VICENTE REMESAL, J. *El comportamiento postdelictivo*. León: Universidad de León, 1985. p. 337 ss; e MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 132 ss.

14 Nesse sentido: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...* cit., p. 487. Vi deixa claro que não apenas as circunstâncias previstas no ordenamento, como mesmo as não previstas, vale dizer, não positivadas, podem conduzir ao afastamento da pretensão de punibilidade, com o que coloca em destaque a autonomia do princípio de proporcionalidade no sistema de imputação. Aparentemente, em sentido diverso do sustentado aqui, Orts e Berenguer pretendem limitar a pretensão de punibilidade às formulas *legais* de afastamento da pena, e não compartilham com Vives a possibilidade de exclusão da pretensão de punibilidade por desnecessidade de pena *supralegal*. Cf. ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio...* cit., p. 202-203.

15 Mais precisamente, na linguagem de Wittgenstein, *"Was est, scheinbar, geben mu gehört zur Sprache*". Ou seja, "o que, aparentemente, *tem* que existir, pertence à linguagem". WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. 2. ed. Trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica 2002. p. 70.

16 Importa anotar aqui que a vinculação que se faz entre a sentença condenatória firn como pressuposto de pretensão de punibilidade faz apartar a concepção aqui seguida a respeito da *pretensão de punibilidade* como elemento da composição do crime, de outra interpretação dada pela doutrina a respeito da proposição de Vives Antón. Assim, por exemplo, para Orts Berenguer e González Cussac (ORTS BE-RENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L *Compendio...* cit., p. 203 ss) estão compreendidas como causas de afastamento da pretensão de punibilidade fatores incidentes após iniciada a execução de

pena, interpretação que não parece ser a mais adequada. A orientação aqui mantida parece ser seguida por Carlos Martínez-Buján Pérez em*Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p. 567 ss.

17 ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio*... c p. 202.

18 De forma similar o comentário de Enrique Orts Berenguer e José Luis Gonzále Cussac. *Compendio*... cit., p. 202.

19 ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio*... c p. 202.

20 Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 487.

21 ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio*... c p. 201.

22 Esta a crítica principal de Érika Mendes de Carvalho. *Punibilidade e delito*... cit p. 61.

23 Segue-se, assim, ao menos parcialmente, a divisão proposta por Orts Berenguer e González Cussac em: ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSA José Luis. *Compendio*... cit., p. 203 ss.

24 Em sentido similar, reconhecendo que a imunidade material exclui a existência do delito, GARCÍA PÉREZ, Octavio*La punibilidad en el Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 248 ss.

25 Cf. BRANDÃO, Cláudio*Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008. p. 92.

26 Para detalhes sobre a relação entre pessoalidade do castigo e o princípio de culpabilidade veja-se: BU-SATO, Paulo César.*Fundamentos do Direito penal brasileiro*. 3. ed. Curitiba: Paulo César Busato, 2012. p. 270 ss.

27 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. *Parte Geral*. 16. ed. S Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 804.

28 Veja-se: DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 47-48.

29 Assim em: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado*... cit., p. 810; TELES, Ne Moura. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. I, p. 540; FRAGOSO, Heleno Cláudio*Lições de Direito penal, Parte geral*. 15. ed.

revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 403; BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 394; GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 927; e QUEIROZ, Paulo. *Direito penal. Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 420.

30 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 483.

31 A informação aparece em Eduardo Reale Ferrari. *Prescrição da ação penal. Suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 1.

32 Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 394; PORTO, Antonio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 25; e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 1-2.

33 Cf. FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 2.

34 Com explicação similar: FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 2.

35 Cf. FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 3.

36 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 3.

37 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 4.

38 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 4.

39 Nesse sentido: PORTO, Antonio Rodrigues. *Da prescrição penal*... cit., p. 25.

40 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 15; e PORTO, Antonio Rodrigues. *Da prescrição penal*... cit., p. 25.

41 Veja-se: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 243.

42 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 811.

43 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 16.

44 Veja-se, por todos: LORENZ, Max. *Die Verjaährung im Strafrechte*: eine dogmatische Untersuchung. Praga: Mercy, 1934. p. 51.

45 Defendendo essa posição, veja-se, por todos: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições*... cit., p. 404.

46 Subscrevem esse posicionamento: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português. As consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 700; MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz; GÖS-SEL, Karl Hein

Derecho penal. Parte General 2. Trad. de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 968; e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 22.

47 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*... cit., p. 699; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 771; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 812; e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 25-26.

48 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal*... cit., p. 771; e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 27-28.

49 DIAS, Jorge de Figueiredo.*Direito penal português*... cit., p. 699; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal. Parte Geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 342; DOTTI, René Ariel.*Curso de Direito penal*... cit., p. 771; BITENCOURT, Cezar Roberto.*Tratado*... cit., p. 812; e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 31-32.

50 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 28-29.

51 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 32-33.

52 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 35-36.

53 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 812; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal*... cit., p. 771; e FERRARI, Eduardo Reale*Prescrição*... cit., p. 34.

54 MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho penal*... cit., 968; DOTTI, René Ariel.*Curso de Direito penal*... cit., p. 771; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 812-813; e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição*... cit., p. 29-31.

55 Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

56 Art. 118. As penas mais leves prescrevem com as mais graves.

57 Art. 109. Parágrafo único. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

58 Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º-4-1996)I – em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;II – no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de

liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

59 Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sob a pena de cada um, isoladamente.

60 Súmula 220 do STJ. *A reincidência não influi no prazo da prescrição da preten punitiva*.

61 Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final.Art. 11 A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I – do dia em que o crime se consumou; II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.V – nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

62 Para mais detalhes sobre a classificação entre causas de exclusão da pretensão de punibilidade em sentido amplo e em sentido estrito, veja-se: MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos*Derecho penal económico y de la empresa*... cit., p. 588.

63 Causas interruptivas da prescrição.Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;II – pela pronúncia;III – pela decisão confirmatória da pronúncia;IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;VI – pela reincidência.§ 1º Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.§ 2º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

64 Súmula 191 do Superior Tribunal de Justiça. *“A pronúncia é causa interruptiva prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.”*

65 Em razão da incidência dos arts. 78, inciso I, do Código de Processo Penal e do a 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição da República.

66 Nesse sentido: CHOUKR, Fauzi Hasan. A prescrição e a Lei nº 9271/96 *Boletim do IBCCrim*, nº 42, São Paulo: IBCCrim, jun. 1996; e FRANCO Alberto Silva. Suspensão do processo e suspensão da prescrição. *Boletim do IBCCrim*, nº 42, São Paulo: IBCCrim, jun. 1996.

67 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 837.

68 Nesse sentido SOUZA, Renee do Ó e LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. "A Lei 13.964/2019 e as modificações do Código penal", *in Lei Anticrime. Comentários à lei 13.964/2019.* [Org. – Renee do Ó Souza], Belo Horizonte: D Plácido, 2020, pp. 20-21.

69 A possível origem desta orientação encontra-se no julgamento do Habeas Corpus 86.125/SP, pela 2ª Turma do STF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, no ano de 2005, quando restou consignado que "recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada[...] se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem a inadmissibilidade, confirmando o que decidido no juízo de admissibilidade, os efeitos desse reconhecimento retroagem". Marco de referência no Superior Tribunal de Justiça foi o julgamento do EAREsp 386.266/SP, realizado em 12 de agosto de 2015, pela 3ª Seção do STJ conduzido pelo voto do ministro Gurgel de Faria, que "Consoante posicionamento do Supremo Tribunal Federal especificamente no âmbito do processo penal, não é a interposição de recurso dentro do prazo legal que impede o trânsito em julgado da decisão judicial, mas sim a interposição de recurso cabível, pois o recurso só terá o poder de impedir a formação da coisa julgada se o mérito da decisão recorrida puder ser modificado. A decisão que inadmite o recurso especial ou extraordinário possui natureza jurídica eminentemente declaratória, tendo em vista que apenas pronuncia algo que já ocorreu anteriormente e não naquele momento, motivo pelo qual opera efeitos *ex tunc*. Assim, o trânsito em julgado retroagirá à data de escoamento do prazo para a interposição de recurso admissível".

70 § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

71 Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

72 Claus Roxin. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*... cit., p. 33, quem afirma qu "Die dritte systematischen Grundkategorien – die Schuld – wird kriminalpolitisch von der Strafzwecklehre her geprägt". Na tradução de Luís Greco (*Política Criminal e Sistema Jurídico-penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 67: "A terceira das categorias base de nosso sistema – a culpabilidade – é cunhada político-criminalmente pela teoria dos fins da pena.")

73 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 222-223.

74 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos*... cit., p. 483.

75 Cf. TELES, Nei Moura. *Direito penal*... cit., p. 525; e BITENCOURT, Ceza Roberto. *Tratado*... cit., p. 806.

76 Cf. TELES, Nei Moura. *Direito penal*... cit., p. 524; e BITENCOURT, Ceza Roberto. *Tratado*... cit., p. 801.

77 Cf. GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*... cit., p. 937; TELES, Nei Moura. *Direito penal*... cit., p. 524; e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 801.

78 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* cit., p. 588.

79 Art. 143. O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou difamação, fica isento de pena.

80 Art. 342. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em qu ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

81 A dúvida é mencionada em Nei Moura Teles. *Direito penal*... cit., p. 524.

82 CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*... cit., p. 72.

83 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* cit., p. 597.

84 Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: [...] II – ao estranh que participa do crime.

85 Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título em prejuízo: I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II – de

ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

86 Art. 180. *A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.* Convém lembrar que o texto legal utiliza a expressão *sentença que decreta a falência* que, pelo que a doutrina refere a esta como *sentença declaratória de falência*, constitui um equívoco técnico, já que ela não põe termo ao processo, senão que dá início ao processo da falência, pelo que, tecnicamente, constitui uma decisão interlocutória. Cf. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 380.

87 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa* cit., p. 570 ss.

88 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio-São Paulo: Forense, 1962. v. 3, p. 333.

89 VIDAL, Hélvio Simões. Os tipos penais na nova lei de falências e recuperação de empresas. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Ministério Público Estadual, 2006. v. 6, p. 213 ss.

90 Esse autor restringe, porém, que a sentença declaratória da falência "será elemento do crime a sentença se o tipo penal exigir que a quebra esteja abrangida pela consciência do agente, perfazendo o dolo da infração". MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 542-543.

91 STEVENSON, Oscar. *Do Crime Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1939. p. 35.

92 PIMENTEL, Manoel Pedro. *Legislação Penal Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 82.

93 BITENCOURT, Cezar Roberto. Aspectos procedimentais e político-criminais dos crimes disciplinados na nova lei falimentar. *Boletim IBCCrim*, nº 148, São Paulo: IBCCrim, mar. 2005.

94 Veja-se que esse posicionamento se contrapõe ao da doutrina clássica (assim, HUNGRIA. Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I, t. 2, p. 26; e NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*... cit., p. 104; VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de*

falências: Decreto-lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. III, p. 4), que entendia contraditoriamente que o crime estava aperfeiçoado, mas a punibilidade impedida. Isso em decorrência de não incluir-se a pretensão punibilidade entre os elementos componentes do delito, como se faz aqui. Ressalta-se que é algo extremamente difícil de compreender, especialmente ao leigo, que se afirme a existência de um crime e concomitantemente não haja castigo. Nem lógica nem linguisticamente isso parece ser mais sustentável.

95 No sentido do texto FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime condições objetivas de punibilidade. *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 158-179.

96 Art. 103. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

97 A anistia de delitos cuja apuração está em curso se traduz em mera *abolitio criminis*, que consiste em exclusão da pretensão conceitual de relevância e não da pretensão de punibilidade.

98 Oferecendo conceito similar: TELES, Nei Moura. *Direito penal...* cit., p. 520.

99 Em sentido contrário, entendendo possível que a graça seja concedida antes da sentença firme: BITEN-COURT, Cezar Roberto. *Tratado...* cit., p. 804.

100 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* cit., p. 805.

101 Art. 188. *O indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa.*

102 Veja-se, por exemplo: art. 2º do Decreto nº 7.873, de 26 de dezembro de 2012.

103 Ressalta-se que alguns Ministros do STF vinham entendendo possível o cumprimento de pena privativa de liberdade antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, execução antecipada de pena, baseados simplesmente no fato de que os recursos especial e extraordinário são recebidos apenas em efeito devolutivo (assim, em 4.10.2005, no AI-AgR 539291/RS). Mais recentemente, porém, o Pretório Excelso rechaçou

veementemente a possibilidade de execução provisória ou antecipada de pena, a despeito de sua natureza, ou seja, independentemente de que seja pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, ao abrigo do princípio de não culpabilidade. (HC 84078/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. em 5.2.2009, HC 98217/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 8.9.2009). Portanto, cumpre interpretar restritivamente o enunciado sumular número 716 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual "admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória", para compreender que a mensagem sumular diz respeito unicamente à possibilidade de que a pessoa que esteja sob custódia provisória, após a sentença condenatória recorrível, possa gozar dos benefícios típicos da execução penal, ainda que o cárcere seja provisório ou cautelar. Aliás esta é exatamente a orientação do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84.

104 Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

105 Art. 113. No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.

106 Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

107 Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

108 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 815.

109 As informações em Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado*... cit., p. 815, aparecem com datas distintas das aqui apontadas, porém, a anotação aqui lançada tem por fonte o sítio *web* do próprio Supremo Tribunal Federal.

110 GUARAGNI, Fábio André *Prescrição penal e impunidade. Crítica ao sistema prescricional penal brasileiro.* Curitiba: Juruá, 2000. p. 102.

111 VIEL, Luiz. Aplicação da nova parte geral do Código Penal*Jurisprudência Brasileira (Criminal)*. Curitiba: Juruá 1987. v. 18, p. 13.

112 GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição penal*... cit., p. 125.

113 Assim: GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição penal*... cit., p. 114 ss.

114 MARREY, Adriano. Lei 7.209 de 1984, e prescrição retroativa.*RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 1985, nº 595, p. 476-478.

115 GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição penal*... cit., p. 131.

116 Art. 110, § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Capítulo 12

A TEORIA DO ERRO

1 INTRODUÇÃO. A METODOLOGIA DO ESTUDO DO ERRO EM DIREI PENAL

De modo geral, os estudos de Direito penal, em sua parte geral, fragmentam o estudo sobre o erro. Quando falam de tipicidade, apresentam o erro sobre os elementos do tipo; quando ingressam na antijuridicidade, apresentam as chamadas *descriminantes putativas*; e quando tratam da culpabilidade, referem ao erro de proibição.[1]

A apresentação do tema sob essa forma fragmentária não está isenta de problemas de metodologia do ensino, na medida em que, ao tratar da questão do erro incidente sobre elementos normativos do tipo, por exemplo, o comentarista se vê impelido a referir que parte da doutrina entende tais erros como erros de proibição, obrigando-se a abordar a incidência do erro sobre um elemento da culpabilidade, com o problema que a própria categoria culpabilidade ainda não foi trabalhada.

Essa situação concreta afeta muito a compreensão ao leitor que se enfrenta com a teoria do delito por primeira vez. E, partindo-se do princípio de que a apreensão da teoria do delito em geral é algo que demanda mais do que uma primeira leitura e, ainda, que o tema do erro é um dos pontos mais intrincados dessa rede de conceitos, é perfeitamente possível deduzir que a afetação da compreensão pela fragmentação da apresentação do tema do erro não prejudica unicamente o *leitor de primeira viagem*, mas todos os que se dediquem ao estudo do tema. Obviamente, a compreensão dos limites das consequências jurídicas do erro de proibição depende muito da essência do próprio conceito de culpabilidade que, porque completamente desconhecido, não pode ser captado com antecipação.

A alternativa didática, em favor da coerência, consistiria em antecipar

completamente o estudo da culpabilidade, o que levaria a uma antecipação prejudicial em face do estudo da antijuridicidade e uma completa desordem no estudo da teoria do delito em seu método clássico.

Não é um acaso que autores que já organizaram Manuais e Tratados de parte geral escrevem, depois, livros específicos sobre a teoria do erro, procurando agrupar suas fórmulas e compará-las.[2]

A razão para isso é mais do que evidente: só é possível fazer um estudo sistemático sobre o erro isolando-o em um escrito único e não de modo espalhado pelos capítulos.

A despeito de que neste trabalho a ordenação da distribuição das subpretensões de justiça que compõem um equivalente à teoria clássica do delito sejam distintas das fórmulas concebidas pelo modelo tradicional, isso não quebra a figura de um sistema de imputação, e menos ainda a do pensamento escalonado,[3] que remete haja uma ordem de análise dos elementos que compõem a afirmação de que o caso é de delito.

Portanto, a solução aqui adotada é a de tratar de modo agrupado as formas de erro, o que não apenas apresenta a vantagem didática de coerência, qual seja, a preservação de uma ordem de apresentação dos temas, deixando firmados antes da discussão sobre o erro todos os conceitos básicos que devem ser manejados no estudo dos casos que ele envolve, como também facilita as soluções dos problemas técnicos de imputação pela via da comparação, semelhança e dessemelhança entre as diferentes modalidades de erro.[4]

Ademais, a aproximação facilita a análise de algumas concepções gerais sobre o erro, tornando mais evidentes os defeitos de determinadas soluções adotadas pela doutrina e até mesmo expondo certas debilidades de escolhas político-criminais.

2 UM PONTO DE PARTIDA INAFASTÁVEL. O DESVALOR DA CONDUT EQUIVOCADA

É um padrão correto, oriundo da própria concepção geral das relações sociais enquanto tais, que não é razoável nem justo tratar-se do mesmo modo aquele que atua consciente do que faz e aquele que se engana a respeito do que faz. Vale dizer,

qualquer conduta indesejável é vista de modo diferente se foi realizada em uma circunstância de plena consciência a respeito dos elementos fáticos e jurídicos que a envolvem e outra que foi realizada sem essa plena consciência.

É igualmente evidente que saber o que se está fazendo ou atuar enganado quanto ao que se está fazendo, em uma avaliação jurídica, são juízos que não correspondem, nem podem corresponder, a uma verdade empírica, pelas exatas mesmas razões pelas quais já se viu superada a concepção de um dolo ontológico,[5] ou seja, não é possível ingressar na mente do agente para resolver a questão de se ele realiza o delito sabendo o que faz ou sem consciência a respeito de que realiza um delito. O único recurso disponível para essa definição é um juízo de valor axiológico a partir das circunstâncias em que se desenvolve o fato.

Portanto, é preciso compreender as circunstâncias e delas procurar deduzir se existe, no contexto do fato, um equívoco ou não.

Note-se que, a efeitos de Direito penal, ao contrário da linguagem coloquial e psicológica, e até mesmo das considerações metafísicas, o erro e a ignorância são equivalentes.[6] Enquanto que em termos cotidianos podemos dizer que àquele que ignora algo falta parte da compreensão, enquanto que aquele que erra o faz porque realiza algo em desacordo com uma percepção das circunstâncias, ou ainda, as percebe de um modo equivocado, o conceito jurídico-penal de *erro* é mais amplo.

O erro, em termos jurídico-penais, inclui a ignorância. Portanto, é tão relevante para o direito penal ter compreendido uma situação equivocadamente quanto não tê-la, absolutamente, compreendido ou percebido.

Assim, aquele que incide em erro, em termos jurídico-penais, eventualmente pode ter sua responsabilidade pessoal afetada e, inclusive, afastada. Isso dependerá de sua relevância.

3 BREVE HISTÓRICO DA TRATATIVA DO ERRO EM DIREITO PENAL

A relevância do engano há muito foi percebida pelas construções teóricas a respeito do delito.

No entanto, é mais do que evidente que a evolução da tratativa do erro seguiu,

indissoluvelmente, a própria evolução da teoria do delito.

Enquanto as primeiras fórmulas de teoria do delito apresentavam ainda uma discussão muito incipiente sobre a distribuição dos elementos que haviam de compor um conceito de crime, buscou-se ancoragem em preceitos consagrados pelo direito ancestral como fórmulas de resolução dos problemas relacionados ao erro, já que não era possível desprezar completamente a interferência de um engano quanto a uma conduta criminosa.

Daí que se utilizasse originalmente um critério que remontava ao direito romano: a divisão entre *error facti* e *error jus*,[7] sendo o erro de fato capaz de afastar a responsabilidade e o erro de direito irrelevante, pois ninguém poderia escudar-se alegando o desconhecimento da lei. Daí ser frequente o uso das expressões latinas *error jus nocet* e *error el ignorantia jus non excusat*, para referir-se ao erro de direito.

À medida que as fórmulas teóricas do delito foram se afirmando, desenvolveram-se progressivamente teses mais consistentes a respeito das hipóteses de erro, iniciando por discutir o tema com relação ao afastamento da culpabilidade por falta de dolo (não se deve esquecer que o dolo, nessas primeiras construções, era uma forma da culpabilidade, depois, passou a ser o objeto de desvaloração da culpabilidade), nas chamadas teorias do dolo. Depois, com o afastamento entre o dolo e a culpabilidade normativa, construíram-se novas categorias de erro conforme o objeto sobre o qual eles incidem: o *erro de tipo* (*Tatbestandirrtum*), ou seja, o erro incidente sobre os elementos que compõem o enunciado típico, nos termos aqui adotados, a pretensão conceitual de relevância e o *erro de proibição* (*Verbotsirrtum*), ou seja, o erro incidente sobre a ilicitude do fato, e a discussão passou a ser travada no plano das chamadas *teorias da culpabilidade*.

O tema do erro, porém, segue um tema em aberto, pois há vários pontos polêmicos e soluções que nem sempre apresentam-se como as mais justas.

No afã de contribuir para a evolução da dogmática sobre o erro, a fórmula adotada no presente trabalho pretende oferecer uma visão diferente das tradicionalmente apresentadas, mesmo com as correntes mais modernas, com uma

terminologia diferenciada e um método também incomum para o estudo do tema, a par de uma proposta de *lege ferenda*, complementando os comentários sobre a posição adotada pelo legislador brasileiro.

Outrossim, a compreensão das soluções aqui adotadas e das vantagens dogmáticas a elas associadas somente são possíveis partindo de uma precompreensão a respeito das fórmulas antecedentes.

Para isso, convém um breve introito relacionado a essa evolução que sempre teve por foco as consequências do desconhecimento de que se está praticando um ilícito. O foco sempre foi, portanto, as soluções ofertadas acerca da consciência da ilicitude.

Como referido, diferentes teorias do dolo e da culpabilidade disputaram a situação sistemática da consciência da ilicitude, levando a que a ausência dessa fosse tida como geradora de distintos efeitos.

As *teorias do dolo* foram aquelas desenvolvidas de modo associado às teorias do delito que começaram a admitir a inclusão da consciência da ilicitude no conceito de dolo, tornando a culpabilidade psicológico-normativa. Para estas, a falta de consciência da ilicitude afligia o dolo, excluindo essa dimensão subjetiva da responsabilidade penal, com consequências variadas. As *teorias da culpabilidade*, por sua vez, foram decorrentes do isolamento do dolo em face da culpabilidade, e principalmente, da passagem de uma culpabilidade contingente de uma consciência atual da ilicitude para um conceito de culpabilidade em que se incluía meramente uma consciência potencial da ilicitude. Para estas, de modo geral, a falta da consciência da ilicitude seria aflitiva da culpabilidade, sendo que o afastamento do dolo decorreria de outras circunstâncias, associadas ao tipo.

3.1 Antecedentes às teorias do dolo

Antes de discutir o erro em um plano *interna corporis* da teoria do delito, o desconhecimento de que se praticava um crime era tratado com base na estrutura conjugada pelo direito romano: o erro quanto ao fato afastava a responsabilidade, o erro quanto ao direito era irrelevante. Em verdade, os romanos não desenvolveram

propriamente um sistema quanto à tratativa do erro, apenas solucionando casos concretos, cujos resultados aplicativos foram sistematizados, mais tarde, pelos práticos, sob a forma de princípios.[8] Mommsen[9] anotou que a regra geral do Direito romano era a irrelevância do desconhecimento da ilicitude, já que entre as obrigações do homem estava o conhecimento das leis do Estado. Apontava Munhoz Netto que geralmente a fonte romana citada para a composição da ideia geral de separação da tratativa do erro de fato e do erro de direito é "um fragmento de Paulo, contido na lei 9, do título VI, do Digesto, segundo o qual, só o erro de fato não prejudica".[10] Isso levava a que somente o erro de fato fosse considerado desculpável, o erro de direito, não.

Evidentemente, com a queda do Império Romano e a consequente prevalência de um Direito Germânico voltado a uma responsabilidade penal objetiva, as questões relativas à consciência do agente criminoso relativamente ao fato quedaram fora do âmbito de interesse.[11] Por outro lado, o desenvolvimento paralelo do Direito Canônico sofreu uma profunda transformação, migrando de uma concepção inicial de inescusabilidade do erro de direito para o princípio de sua relevância, de acordo com a própria evolução da concepção sobre o dolo.[12]

A construção medieval da questão, justamente por basear-se em compilações entre o Direito Romano e o Direito Canônico, acabou por orientar-se no sentido da inescusabilidade da ignorância da lei, como regra geral, admitindo-se exceções.[13]

Segundo Munhoz Netto,[14] com o advento do período das codificações, firmou-se nas legislações (exceto a alemã, que compendiava regras dispersas oriundas dos vários *Länder*) prevalência da obrigatoriedade da informação sobre o princípio de culpabilidade, o que teria levado à adoção da absoluta inescusabilidade do erro de direito.

As primeiras fórmulas de teoria do delito, causais naturalistas, simplesmente tratavam de bipartir o crime em um lado objetivo representado pelo injusto e um subjetivo representado pela culpa, sem ocupar-se de qualquer desenvolvimento ulterior da teoria do erro, já que o erro de Direito era considerado completamente irrelevante.[15]

Enquanto prevaleceu uma ideia de uma culpabilidade estritamente psicológica, vale dizer, uma culpabilidade cujas formas eram dolo e culpa e, consequentemente, um dolo psicológico, representando um liame subjetivo entre o fato e seu autor, este não tinha nenhuma relação com a consciência da ilicitude.

O sujeito que se enganasse quanto ao fato, evidentemente, não se vincularia subjetivamente à responsabilidade, ainda que tenha realizado, objetivamente o resultado desvalorado penalmente. Vale dizer: existia uma preservação do princípio de culpabilidade, já que dolo e culpa eram formas de culpabilidade e esta o liame subjetivo que unia o fato ao sujeito. Caso o erro afetasse a compreensão fática daquilo que se fez, não se poderia admitir a responsabilidade penal justamente porque o liame subjetivo – que dependeria da consciência das circunstâncias – não restaria estabelecido. Por outro lado, pretendendo evitar abrir um espaço de impunidade associado à ignorância jurídica, presumia-se um total conhecimento da lei. Vale dizer, o equívoco relativo ao direito não possuía qualquer relevância para a imputação, sendo desprezado.

Justamente esse desprezo foi a fonte do desenvolvimento das chamadas teorias do dolo.

3.2 Teoria estrita, extrema, ou extremada do dolo[16]

A teoria estrita do dolo tem sua origem associada a construções teóricas oriundas do *Reichgericht*, o Supremo Tribunal do Império Alemão, o qual, em interpretação dada ao parágrafo 59 do então Código Penal, considerou o erro irrelevante a efeitos de exclusão de culpabilidade e também do dolo.[17]

Como reação, os penalistas da época passaram a efetuar uma nova interpretação do dispositivo, entendendo que a consciência da ilicitude fazia parte do dolo e, portanto, para que se reconheça uma conduta dolosa é preciso demonstrar uma consciência presente, atual, a respeito de que se pratica um ilícito.[18]

Nesse sentido, o próprio Ernst von Beling[19] considerava que o desprezo do conhecimento da ilicitude na aferição da culpabilidade conduzia a “grave injustiça”.

Vale lembrar que, durante esse período, as modalidades de erro eram ainda

tratadas predominantemente segundo a clássica dicotomia do erro de fato e erro de direito.

Com isso, admitia-se a fórmula de Goldschmidt[20] de que quem não aderia a uma concepção de dever, não formulando uma correta consciência do injusto, não poderia agir dolosamente, ou seja, a concepção de um *dolus malus*, ou um dolo que incluía a consciência da ilicitude.

A interpretação passou a ser, portanto, que o conhecimento da antijuridicidade do fato por parte do autor fazia parte do dolo. Portanto, deveria ter a mesma característica de qualquer outra classe de conhecimento exigido para o dolo, ou seja, deve ser atual, referindo-se ao momento de cometimento do fato.[21]

Desse modo, para a teoria estrita do dolo, quem se enganava estaria cometendo um erro sobre o fato da antijuridicidade ou sobre o direito da antijuridicidade. Era absolutamente irrelevante a distinção entre erro de fato e erro de direito.[22] Em qualquer dos casos, não poderia apreender corretamente que seu fato é antijurídico, ou seja, não perceberia a falta de correspondência entre o seu agir e a regra jurídica. De consequência, não poderia agir dirigindo sua pretensão contra aquilo que não conhece. Assim, qualquer erro excluiria necessariamente o dolo.

Se, no entanto, o erro fosse evitável, o sujeito responderia por crime culposo, sempre atendido o princípio de culpabilidade, ou seja, uma vez que fosse prevista a punibilidade de tal modalidade delitiva.

A fórmula, dentro dos pressupostos em que se baseia, é congruente. No entanto, conforme bem anota Muñoz Conde,[23] quase tudo nessa teoria é discutível, desde os pressupostos metodológicos dos que parte até suas conclusões político-criminais.

Em primeiro lugar, a admissibilidade da bipartição entre tipo e antijuridicidade (tese de Beling),[24] abriria a possibilidade de discutir se realmente é sustentável a ideia de que o erro sobre o conhecimento da antijuridicidade é equivalente ao conhecimento sobre os elementos do tipo. Isso porque, se o tipo é anódino e a antijuridicidade valorativa, um erro sobre um juízo de valor não tem por que ser equivalente a um erro sobre um dado descritivo.

Em segundo lugar, o dolo que inclui os elementos do tipo era considerado um

dolo natural e, evidentemente, não seria equivalente ao conhecimento da antijuridicidade.[25]

Mas é no ponto de vista político-criminal que a doutrina impôs mais severas críticas quanto à teoria estrita do dolo. A acusação que invariavelmente se formula é de que ela criou importantes "lacunas de punibilidade", beneficiando uma posição leviana e indiferente frente ao direito, uma vez que, independentemente da classe de erro, promove a exclusão do dolo.[26]

Além disso, a pretensão de preservação de uma consciência atual da ilicitude como elemento na composição do dolo, independentemente de sua situação na distribuição das categorias componentes do conceito de delito, impõe um grave problema processual: a dificuldade probatória da afirmação de uma verdade empírica da consciência da ilicitude.[27]

3.3 Teoria limitada do dolo

Visando preservar a teoria do dolo, porém, sanar os defeitos da concepção extremada, especialmente os referentes às lacunas político-criminais,[28] alguns autores começaram a impor algumas restrições àquela.

Surge, assim, o que a doutrina denomina *teoria limitada do dolo*, a qual mantém a ideia de que o erro quanto à proibição, se evitável, exclui o dolo, remanescendo apenas responsabilidade culposa. Outrossim, propõe que quando o autor tenha demonstrado, com sua atitude, uma especial *"cegueira jurídica*", deveria ser castigado como se houvesse atuado dolosamente.[29]

A doutrina aponta como marco inicial dessa concepção um projeto de lei apresentado por Franz Gürtner,[30] em 1936. Dispunha o projeto: "*atua dolosamente quem leva a cabo o fato com consciência e vontade, sendo consciente de fazer o injusto ou de infringir a lei (parágrafo a). O erro é irrelevante se se baseia em uma atitude que é incompatível com uma concepção sã de direito e injusto (parágrafo b)*".[31]

No plano doutrinário, essa conduta era considerada *cegueira jurídica* ou *hostilidade a direito*.[32] Quem lhe deu sustentação teórico material foi Mezger,[33] com a

criação de distintas culpabilidades, entre elas a chamada *culpabilidade por condução de vida (Lebensführungsschuld)*. Isso porque, diante da fórmula proposta, aquele que não pudesse conhecer o injusto, em função do seu modo de vida, teria mantida a responsabilidade por sua conduta, como se existisse dolo, pois a falta de conhecimento que afastava o dolo teria sido derivada justamente da forma pela qual o sujeito conduzia sua vida.

Mezger,[34] pretendendo dar suporte jurídico à pretensão de eliminação dos chamados *estranhos à comunidade*, passa a defender que apenas como regra geral a consciência da ilicitude pode fazer parte do dolo. Nos casos em que houvesse uma conduta incompatível com a *sã* compreensão do direito e do injusto, essa postura deveria ser identificada como de inimizade ao direito capaz de gerar responsabilidade equivalente a uma atitude dolosa. Quem assim atuasse poderia ter evitado o resultado criminoso se adotasse uma condução de vida adequada a uma sã compreensão do direito. Como não o fez, deveria responder dolosamente por sua conduta. Ou seja, na culpabilidade normal, a consciência potencial da ilicitude era exigível para a afirmação do dolo. Todo aquele que incorresse em erro de avaliação sobre o injusto poderia ter excluído o dolo da imputação, desde que se comportasse em conformidade com o são sentimento de direito do povo alemão.

É mais do que evidente que essa concepção infringe o princípio de culpabilidade,[35] criando uma responsabilidade dolosa presumida ou uma presunção de dolo que é absolutamente inaceitável, abrindo passo a uma concepção jurídica autoritária.

Além disso, o conceito é impreciso, pois a ideia de *inimizade jurídica* não traduz, certamente, de modo adequado, a postura daquele que desconhece o ilícito por pura desídia ou relaxo.[36]

Finalmente, a tentativa de salvar a teoria do dolo tinha o objetivo de preservar a ideia de uma consciência atual da ilicitude como elemento característico do dolo, mas o faz justamente rompendo com essa ideia, ao propor que seja adotada uma culpabilidade por condução de vida, já que o fundamento da culpabilidade (e, por consequência, da tratativa do fato como se fosse doloso) reside justamente em

aspectos que não são atuais, quais sejam, a forma como – no passado – o sujeito conduziu sua vida. Perde-se, portanto, justamente a contemporaneidade para com o fato cuja responsabilidade se pretende imputar.

Excurso 1: A chamada *teoria modificada do dolo*

Com menos relevância do que as clássicas teorias do dolo, existiu outro intento de salvar a chamada teoria do dolo, que ficou conhecido como *teoria modificada do dolo*.

Segundo essa concepção, mantinha-se a ideia de que a consciência da ilicitude era parte do dolo e não da culpabilidade, ainda que este estivesse contido naquela. O afastamento da consciência da ilicitude em função do erro inevitável, por consequência, excluiria o dolo, afastando, por óbvio, também a culpabilidade.

A diferença dessa concepção é que em caso de erro evitável, não se pretendia apenas o reconhecimento do crime culposo, como na teoria estrita do dolo, nem se propunha a construção de uma fundamentação específica para justificar a aplicação do castigo doloso em casos específicos de falta de conhecimento da ilicitude, como queria a teoria limitada do dolo. A proposta aqui é que em existindo um erro evitável quanto à consciência da ilicitude, deveria ser aplicada a pena do delito doloso, porém, essa pena deveria ser atenuada e não atribuir-se a responsabilidade culposa.

A razão para isso é a aceitação da separação entre tipo e antijuridicidade, com a consequente dicotomia entre erro de tipo e erro de proibição (desenvolvidas dentro das chamadas teorias da culpabilidade), sendo que somente o erro sobre os elementos do tipo poderia conduzir à responsabilidade culposa pelo afastamento do dolo, remanescendo para o erro evitável sobre a consciência da ilicitude uma responsabilidade por dolo, com pena atenuada.[37]

No Brasil, Cunha Luna era defensor desse ponto de vista. Para ele, as classificações do erro entre erro de fato e erro de direito eram absolutamente inseguras e imprecisas,[38] devendo as classes de erro, por exigência político-criminal, serem unificadas.[39] Em sua opinião, todo erro de fato, apreciado e regulado pelo direito, é também erro de direito. O dolo, por outro lado, não seria um dolo *natural*,

mas sim, um dolo que compreende a consciência da ilicitude. Portanto, o erro – a despeito de suas equívocas classificações – somente poderia ser apreciado através de uma teoria do dolo, ainda que fosse uma teoria *modificada* do dolo.[40]

A despeito da correção ou não dos fundamentos da proposta, a solução de redução de pena encontrou ampla aceitação para os erros evitáveis a respeito da consciência da ilicitude nas próprias teorias da culpabilidade.

Excurso 2: O erro para a teoria dos elementos negativos do tipo

A chamada teoria dos elementos negativos do tipo, inicialmente formulada por Merkel,[41] acabou recebendo certa acolhida, especialmente na Itália,[42] porém também foi duramente criticada pela doutrina.[43]

A teoria dos elementos negativos do tipo basicamente trata tipo e antijuridicidade em conjunto, respectivamente como elementos positivos (afirmativos) e negativos (justificantes) do tipo. Assim, os erros incidentes sobre as causas de justificação são todos considerados erros de tipo e a solução a respeito das hipóteses de erro de tipo ou erro sobre as justificações é tratada da mesma forma: exclusão do dolo.

Assim, a falta de consciência da ilicitude, derivada de um erro incidente sobre a justificação, ou seja, sobre o afastamento da ilicitude pela permissão, seria equivalente ao erro sobre a compreensão de qualquer dos componentes descritivos do tipo, com idênticas consequências, ou seja: imputação apenas por imprudência.

Entretanto, a aproximação promovida entre tipicidade e antijuridicidade promovida pela teoria dos elementos negativos do tipo foi alvo de ampla crítica especialmente focada na equivocada diluição da relação entre regra proibitiva e exceção permissiva que se estabelece entre o rol de imputação da pretensão de relevância e o rol de permissão que se estabelece no plano da pretensão de ilicitude. Welzel já o identificava em um exercício de argumentação ao absurdo, ao comentar que não é possível equiparar uma permissão com uma falta de tipo, pois não são comparáveis valorativamente os atos de matar uma mosca e matar um homem em legítima defesa.[44]

3.4 Teoria estrita da culpabilidade[45]

As teorias da culpabilidade surgem a partir da concepção finalista,[46] que separa o dolo da culpabilidade, preservando nesta a discussão sobre a consciência da ilicitude.

O desconhecimento de que um fato é ilícito, portanto, não pode mais ser resolvido no plano do dolo, mas sim da consciência da ilicitude, ou seja, na culpabilidade.

Há duas consequências diretas dessa situação.

A primeira diz respeito aos critérios de erro, como *erro de fato* e *erro de direito* que passaram a ser insustentáveis, pois algumas hipóteses de *erro de direito*, porque excludentes da consciência da ilicitude, passaram a ser escusáveis, logo, deixou-se de lado a confusa divisão entre erro de fato e erro de direito e adotou-se uma divisão já consagrada entre tipicidade e antijuridicidade, sendo o erro aflitivo da primeira um erro de tipo e o erro aflitivo da segunda, um erro sobre a consciência da própria antijuridicidade, ou seja, um erro de proibição.

Em segundo lugar, não seria mais possível uma tratativa unitária a respeito do erro, porque se o dolo estava situado no tipo e não na culpabilidade, aquele que tivesse consciência da realização dos elementos que compõem o tipo e desejasse sua realização atuaria com dolo, sendo que a falta de consciência da ilicitude só teria o condão de afligir a culpabilidade.

O dolo situado na conduta típica se esgota antes da análise da consciência da antijuridicidade, já que é composto unicamente de conhecimento e vontade. Porém, o erro na avaliação do injusto afeta a reprovabilidade da conduta. A consciência da ilicitude figura, então, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa, como elementos que compõem a culpabilidade.

A consciência da ilicitude exigida, porém, como elemento normativo, deve ser meramente potencial. Ou seja, não é possível determinar completamente o que o agente conhecia no momento do fato. O direito pode apenas pretender afirmar reprovações de condutas. Sendo assim, a verificação há de ser meramente a respeito da possibilidade que tenha ou não o agente de perceber que pratica um ilícito.

A teoria estrita da culpabilidade (*strenge Schuldtheorie*) entende que todas as formas de erro incidente sobre a valoração a respeito do injusto devem afetar a culpabilidade. A exclusão ou não da culpabilidade por erro quanto à consciência da ilicitude fica condicionada à escusabilidade ou não do erro. Assim, tanto o erro de proibição direto quanto o erro de proibição indireto, que é nada mais do que a descriminante putativa, devem igualmente ser tratados como erros de proibição.[47]

3.5 Teoria limitada da culpabilidade

A teoria limitada da culpabilidade (*eingeschränkte Schuldtheorie*), por sua vez, também parte da adoção de uma distribuição das categorias do delito nos moldes oferecidos pelo finalismo *welzeliano*. Porém, diverge da teoria estrita da culpabilidade na medida em que diferencia entre subclasses de erros aflitivos da consciência do ilícito.

Essa teoria propõe a adoção de diferentes soluções conforme o erro diga respeito a avaliação jurídica ou fática (recuperando, nessa medida, em caráter interno, a dicotomia erro de fato/erro de direito).

Considera-se que o erro sobre a apreensão de uma circunstância de fato que, se existisse, converteria a conduta de ilícita em lícita, não é um erro de avaliação sobre a consciência do que é ilícito, senão que é um erro sobre as circunstâncias da própria conduta. Sendo assim, há de ser tratado como se fosse um erro que atinge a conduta típica, afastando o dolo. Isso porque, se o agente tivesse efetuado uma correta avaliação das circunstâncias fáticas, não teria atuado, porque teria percebido o injusto. Desse modo, ele detinha uma correta avaliação do binômio justo/injusto, pelo que possuiria consciência da ilicitude.

Ao contrário, um erro incidente sobre a própria avaliação do injusto, ou seja, sobre o que o compõe genericamente, seja pela suposição de direitos inexistentes ou pela má avaliação da extensão desses direitos, constitui, efetivamente, um erro que aflige a consciência do ilícito e, como tal, será aflitivo da culpabilidade.

Resumidamente, a diferença fundamental entre a teoria estrita e a teoria limitada da culpabilidade é que a primeira trata todos os erros sobre a consciência da ilicitude

como erros de proibição, enquanto que a teoria limitada da culpabilidade diferencia os erros de proibição em três grupos: os erros de proibição propriamente ditos, que são aflitivos da potencial consciência da ilicitude, e as descriminantes putativas, subdivididas em erros de permissão, também chamados de erros de proibição indiretos (quanto à existência ou extensão de uma causa de justificação), e erros de tipo permissivos (quanto às situações de fato que dão caráter de antijuridicidade ao feito), atribuindo aos dois primeiros a possibilidade de exclusão da culpabilidade e ao terceiro a exclusão necessária do dolo.

O Código Penal brasileiro de 1984, no seu art. 20, § 1º, deixou expressa a adoção da teoria limitada da culpabilidade,[48] não obstante, os defensores da teoria estrita da culpabilidade tentaram promover uma releitura do texto legal.[49] De qualquer forma, há um grande contingente doutrinário que reconhece a opção legislativa,[50] especialmente porque esta está explícita no item 17 da Exposição de Motivos do projeto.[51]

3.6 A teoria da afetação da consciência da ilicitude. Uma proposta de *lege fere*

Uma proposta de análise do erro que pretenda corresponder pragmaticamente à produção de resultados mais justos, no entanto, não deve partir, a meu ver, de precondicionamentos dogmáticos a respeito da posição sistemática do dolo, mas sim de se há diferenças entre hipóteses de falta de compreensão do crime em si e quais as decorrências no plano concreto, de tais diferenças.

É nesse plano que gostaria de expor algumas ideias propondo alterações de *lege ferenda*, para fins de possíveis reformas da tratativa do erro no Código Penal brasileiro.

Acontece que a separação taxativa entre o erro de tipo e o erro de proibição parece, por um lado, não ter se livrado completamente da herança romana do *error facti* e *error juris* e, por outro, apresentar-se muito mais pelo critério de eficiência – evitando deixar lacunas de incriminação – do que pelo critério de coerência e correspondência com a expressão de sentido, que traduz a existência comunicativa.

Vejamos.

A ideia central do erro é a de que quem se engana não pode ser tratado da mesma forma que quem sabe perfeitamente o que está fazendo, especialmente se a conduta em questão é criminosa.

Havia um problema fundamental na pretendida diferenciação entre erro de fato e erro de direito que já havia sido muito bem detectado por Everardo da Cunha Luna,[52] consistente em que todo erro de fato, em sua apreciação jurídica, consiste, concomitantemente, em um erro de direito.

Do mesmo modo, padece de artificialismo a diferenciação entre erro de tipo e erro de proibição. Isso se faz notar na tratativa das descriminantes putativas.

Ora, se há um desconhecimento ou equívoco que impede que o sujeito atue ciente de seu rompimento para com as normas de convivência, é absolutamente irrelevante que esse desconhecimento ou equívoco refira-se a elementos do fato ou à extensão ou existência do direito. Aliás, convém dizer que a ilicitude não se traduz na lei, como é de curial sabença. Mais do que isso, ela pressupõe uma relação de cotejo entre lei e fato realizado. Ou seja, ciência da ilicitude tem quem percebe que seu ato, em cotejo com o ordenamento, produz o *sentido de um ilícito*. Se essa percepção manca, é absolutamente impossível detectar que se o erro incide sobre as regras ou os fatos, afinal, ele incide sobre a *valoração normativa do fato*. Se não sei o que fiz, mas conheço as regras e, portanto, *penso que o que fiz não aflige as regras*, esse resultado final é exatamente o mesmo na operação oposta. Ou seja, se sei o que fiz, mas não conheço as regras, necessariamente *penso que o que fiz não aflige as regras.*

Dá-se o mesmo quando colocamos sob uma lupa o erro de tipo e o erro de proibição em suas formas fundamentais: se me engano quanto aos elementos do tipo, não sei o que fiz, mas conheço direito as regras e, portanto, *penso que o que fiz não aflige as regras*. Pois bem. Esse resultado é exatamente o mesmo se pensamos que o sujeito desconhece o fato de que o ordenamento proíbe a conduta que ele realiza, da qual tem completa ciência. Ou seja, se conheço perfeitamente o que fiz, mas não conheço as regras a ponto de perceber que o que fiz é um ilícito, necessariamente *penso que o que fiz não aflige as regras*.

Essa igualdade é patente.

No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro, ao optar pela teoria limitada da culpabilidade, propôs o fracionamento das descriminantes putativas e a diferenciação entre erro de tipo e de proibição.

Com isso, o erro de tipo e o erro de tipo permissivo recebem a seguinte tratativa: se são escusáveis, excluem a responsabilidade penal, por afastarem o dolo e a imprudência; se são inescusáveis, excluem o dolo, preservando a possibilidade de punição por crime imprudente se houver previsão legal.

De outro lado, o erro de proibição e o erro de permissão (erro de proibição indireto), se escusáveis, excluem a responsabilidade, por falta de consciência da ilicitude, e se inescusáveis, preservam integralmente a imputação, permitindo apenas uma redução de pena.

Essa tratativa diferenciadora parece altamente criticável. Aliás, é sintomático que se opte por uma redução de pena no plano do erro de proibição escusável. Haveria de se perguntar o que justifica essa redução. A motivação não declarada é a percepção de que a preservação da imputação em sua estrutura integral é um equívoco. O rebaixar da pena, nas poucas vezes em que é comentado pela doutrina, é justificado justamente pela redução do grau de culpabilidade.[53] Afirma-se que a reprovabilidade daquele que atua em erro, mas o erro é inescusável, não é a mesma daquele que não se equivoca.

Isso é um fato. Porém, a redução do grau de reprovabilidade não é justamente o que converte o dolo em imprudência? A fonte da responsabilidade subjetiva (dolo e imprudência) é o mesmo princípio de culpabilidade que rege a proporcionalidade na aplicação da pena.[54]

A redução de pena não é justificada dogmaticamente, mas sim, político-criminalmente. Por quê? Não há qualquer razão que impeça reconhecer essa redução de pena no plano dogmático. Inclusive, ao fazê-lo, há evidentes ganhos, tanto dogmáticos quanto político-criminais.

Do ponto de vista dogmático, a situação é perfeitamente justificável. O erro inescusável de proibição remete sempre a uma discussão intensa. A questão diz respeito às razões da inescusabilidade do erro. Qual é o critério para aferir se o erro

de proibição é escusável ou inescusável. Pois bem. Fala-se que será inescusável quando evidenciado o dever de informar--se a respeito dos limites entre lícito e ilícito. Esse dever é apontado como existente presentes certos requisitos que mais adiante se analisa. A questão a ser colocada aqui em evidência é outra: se existe um dever de informar-se e o sujeito não o faz, a situação concreta traduz exatamente a violação de um dever.[55] E responsabilidade por violação de um dever é precisamente a identidade do ilícito imprudente.

Dogmaticamente seria possível objetar que o sujeito aqui atua querendo produzir o resultado, portanto, consciente. Isso se dá caso ligarmos o dolo ao resultado fático e não jurídico. Entretanto, é perfeitamente sabida a existência de modalidade de imprudência consciente. Vale dizer: a existência de consciência não é suficiente para eximir a circunstância da imprudência. Presente o erro aflitivo do dolo, ainda seria possível a responsabilização por imprudência inconsciente.

Essa argumentação, porém, padece de um problema de base. Ela parte de um dolo natural e não de um dolo atributivo-axiológico. É evidente que o sujeito age conscientemente quanto ao que faz, somente não tem consciência de que se trata de um ilícito. Entretanto, é justamente o afastamento da pretensão de ilicitude dolosa o que compõe a estrutura dogmática, sendo o dolo um desvalor axiológico de ação.

Portanto, é possível argumentar justamente o contrário: não se pode falar em responsabilidade penal por imprudência consciente nas hipóteses de erro. A razão seria de que uma vez que o erro, no caso, é aflitivo do conhecimento e este é o que compõe a previsão em face do resultado ilícito, como pressuposto do dolo, sendo a imprudência consciente uma classe de imprudência *com previsão*, igualmente não seria possível falar na sua ocorrência.

Some-se a isso que se o dolo é identificado como compromisso para com a produção de um resultado ilícito, essa é uma circunstância comunicativa que claramente não existe em nenhuma hipótese de erro, pelo que a presença da responsabilidade dolosa no erro de proibição inescusável contraria a estrutura dogmática.

Ademais, as modernas tendências dogmáticas apontam que a imprudência não

conta com um elemento que a *diferencie* subjetivamente do dolo. Aliás, chega-se a sustentar que o tipo de ação imprudente sequer conta com elemento subjetivo.[56] O dolo converte-se, nesse caso, em um *plus* subjetivo a um desvalor objetivo de criação de risco por violação de dever. Logo, desvestido o fundamento do dolo, remanesceria justamente a imprudência como seu pressuposto na escala de desvaloração.

Ainda, na concepção adotada aqui neste trabalho, a discussão de dolo e culpa se estabelece, justamente, no plano da pretensão de ilicitude. Ou seja, a afetação da pretensão normativa de afirmação da ilicitude pelo afastamento do dolo pode perfeitamente permitir, no âmbito da mesma valoração, uma afirmação da pretensão de ilicitude pela via da imprudência.[57]

De outro lado, no plano político criminal, apresentam-se, no mínimo, duas vantagens.

A primeira, um acoplamento ao princípio de culpabilidade, na medida em que se justifica a redução de pena no plano de uma conversão do dolo em imprudência, evitando um castigo diferente para hipóteses subjetivas idênticas (ambos são dolos); a segunda, um necessário recorte da imputação, pois a conversão de dolo em imprudência não se daria em todos os casos, mas apenas onde o dever de informação estivesse presente.

Claro que, ainda de *lege ferenda*, uma proposta assim deveria incluir, na parte geral, uma regra específica relativa ao erro de proibição, afirmando que sendo ele inescusável, poderia gerar responsabilidade por imprudência uma vez violados os seguintes deveres de informação, elencando-se, em seguida, os requisitos concretos para o reconhecimento de tais deveres.

Surgiriam aí, duas opções: ou se manteria a ideia de aplicação do reconhecimento onde há previsão expressa de crime imprudente, ou se reconheceria uma categoria de culpa própria, derivada do erro, consistente na violação de um dever específico de informação, aplicável aos tipos dolosos, mediante uma redução de um percentual da pena prevista para aqueles.

Como haveria uma certa uniformização dos fundamentos da violação do dever de cuidado, parece ser a segunda opção mais razoável.

A segunda vantagem político-criminal seria que, em qualquer das fórmulas adotadas, a migração para a responsabilidade por imprudência em contraposição à preservação da responsabilidade dolosa reduziria consideravelmente o âmbito da imputação e, como visto em termos da história da evolução das teorias sobre o erro, finalmente se admitiria uma redução do âmbito de punibilidade para a qual as sucessivas reelaborações teóricas visam constantemente fugir.

De qualquer modo, como antes referido, essa é apenas uma proposta de *lege ferenda*. O legislador brasileiro deixou expressa na exposição de motivos do Código Penal de 1984, no item número 17, sua opção pela teoria limitada da culpabilidade.

4 DAS MODALIDADES DE ERRO

As modalidades de erro são tratadas como erro de tipo e erro de proibição, bipartindo as descriminantes putativas (erros incidentes sobre as causas de justificação, ou sobre as permissões) em erro de permissão e erro de tipo permissivo.

4.1 Do erro de tipo. O erro incidente sobre elementos da pretensão conceitual relevância

O engano sobre qualquer elemento objetivo formal da pretensão conceitual de relevância compõe uma necessária afetação do compromisso para com a produção de um resultado. Como se sabe, dolo é *compromisso para com a produção do resultado*.[58]

Sempre que se deseja a produção de um resultado, ou, no mínimo, se compromete com tal produção no plano subjetivo, anuindo com sua produção, é imprescindível falar em uma adequada compreensão de tal ilícito. A razão é elementar: a característica do dolo, seja direto ou eventual, é a previsão. Não é possível falar em dolo sem previsão e a previsão inclui o conhecimento. Se não for possível afirmar concretamente o conhecimento – em função do erro –, não é possível a previsão, logo, tampouco é possível afirmação do dolo.

Nada mais normal, pois, que a afetação da adequada compreensão (e, portanto, conhecimento) a respeito do ilícito afaste o dolo.

De consequência, todas as hipóteses de erro ou falso conhecimento incidente sobre elementos que compõem objetivamente o tipo de ação conduzirão à exclusão do dolo.

Assim, o erro se resume a uma falsa representação ou uma ausência de representação sobre alguma das elementares que compõem o enunciado típico, já que, a efeitos penais, o erro inclui a ignorância ou ausência de conhecimento. Assim, por exemplo, com o caçador que atira no vulto que pensa ser a caça, quando na verdade é o seu companheiro de caçada, comete erro sob a forma de *falsa representação*, e com aquele que mantém relações sexuais consentidas com menor de 14 anos que tem aparência de ser bem mais velha, sem cogitar sequer estar em companhia de menor, sob a forma de *ausência de representação*.

Nesse caso, a situação é de erro que afasta o dolo, na forma prevista no art. 20 do Código Penal brasileiro.

O erro incidente sobre a pretensão conceitual de relevância (tipicidade formal) é representado no *caput* do mencionado artigo, com a expressão: *o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.*

Evidentemente, ao ser o conhecimento um dos elementos do dolo, obviamente a sua falta, que é a característica que fundamenta o erro, implica na sua exclusão.

Portanto, aqui também é incluída a questão do alcance do conhecimento exigido para a expressão do dolo. Se o conhecimento, enquanto elemento do dolo, representa o conhecimento dos elementos do tipo de ação, a falta de conhecimento sobre esses elementos afeta diretamente o dolo. A consequência é que o erro de tipo promove a exclusão do dolo em qualquer circunstância.

Considerações ulteriores a respeito da escusabilidade do erro podem levar também à exclusão da responsabilidade por imprudência, sempre e quando o erro de tipo seja insuperável. Trata-se, obviamente, de considerações sobre o erro, que afetam a essência da responsabilidade penal (erro essencial). Estas são diferentes das hipóteses de erro, que são espécies de aflição do conhecimento, mas que não *definem* a existência do dolo,[59] tais como o erro quanto ao objeto e o erro quanto à pessoa,

bem assim, daquelas que afligem a execução do fato *aberratio criminis* e *aberratio ictus*.

O conhecimento a respeito do tipo de ação pode ser divisível, em hipóteses em que o erro atinge apenas parte dele. Isso pode ocorrer, por exemplo, em crimes complexos, como o roubo, onde a aflição de apenas um dos bens jurídicos não é corretamente compreendida, por exemplo, o sujeito inicia um furto – que é o que ele pretende realizar – sob a forma de punga, ou seja, a subtração da carteira de outra pessoa, no metrô. A vítima, percebendo o fato, somente não reage porque interpreta a expressão facial com que o punguista a olha como uma forma de intimidação, dado o seu porte físico avantajado. Nesse caso, o autor se engana quanto à ameaça que realiza, pois não se dá conta, sequer, de sua existência. Outrossim, deseja a prática de um furto.

A solução aqui, evidentemente, há de ser outra. Não é possível simplesmente excluir o dolo, pois, nesse caso, estaria o agente completamente isento de pena. O que se pode fazer é simplesmente reconhecer o afastamento da consciência sobre a elementar típica sobre a qual recai o desconhecimento, remanescendo responsabilidade penal integral quanto ao tipo que remanesce após a exclusão do elemento específico.

O mesmo se dá, por exemplo, em crimes qualificados onde apenas a circunstância qualificadora é objeto de desconhecimento, como pode ser o caso da facilitação da prostituição, por exemplo (art. 228, *caput*, do Código Penal). Se o sujeito atrai à prostituição pessoa que não sabe ser sua filha – coisa que passa longe do inusitado em ambientes promíscuos –, deixa de incidir o § 1º do mencionado dispositivo legal.

Existe uma preocupação da doutrina tradicional[60] em diferenciar erro de tipo e o chamado erro de subsunção. Isso porque o tipo seria composto de elementos objetivos e subjetivos e isso levaria a uma diferença entre subsunção e tipicidade, aflitiva do erro. Para os defensores da necessidade dessa distinção, a expressão legal utilizada pelo Código Penal brasileiro de que o erro de tipo seria incidente sobre “os elementos constitutivos do tipo” não seria correta.

Trata-se, porém, de um falso problema. Como visto, o dolo aflige todo o âmbito do ilícito e é utilizado como juízo de valor *a posteriori* do processo de identificação do tipo de ação, que ocorre na pretensão conceitual de relevância. Daí que não há possibilidade de ocorrência da aventada mescla.

4.1.1 Do erro sobre elementos normativos do tipo

Questão interessante diz respeito à incidência do erro sobre os elementos normativos do tipo, pois estes são reconhecidos como elementos *sui generis*[61] da pretensão conceitual de relevância, já que acumulam a concentração da caracterização da ilicitude. Trata-se, por exemplo, das expressões: *indevidamente, sem licença da autoridade, sem justa causa, injustamente* etc.

Parte da doutrina,[62] considerando que esses elementos também pertencem ao tipo, e que a composição do conhecimento como elemento do dolo não exige mais do que um nível de compreensão leigo, entende que deve ser tratado como erro de tipo.

Posição um pouco diferente é defendida por Roxin,[63] quem refere que o erro incidente sobre elementos normativos do tipo "nem sempre constitui erro de tipo nem sempre um erro de proibição (como se aceita em geral), senão que pode ser ora um, ora outro, segundo se refira a circunstâncias determinantes do injusto ou somente à antijuricidade da ação, quando o autor teve um correto conhecimento daqueles elementos".

Juarez Cirino dos Santos[64] cita interessantes sugestões doutrinárias oferecidas para o deslinde da questão: a de Darnstädt, propondo distinguir entre os elementos descritivos do tipo que estariam associados a realidades naturais ontológicas e os elementos normativos do tipo que estariam relacionados a realidades institucionais, com características comunitárias, que seriam traduzidas para a esfera do leigo sob a ideia de *relevância social*; a de Haft, sugerindo a distinção entre o erro incidente sobre o *objeto* da conduta incriminada, que seria tratado como erro de tipo, ainda que fosse normativo, como no caso da *coisa alheia* do furto, e o erro incidente sobre um *conceito*, que seria erro de subsunção, como, por exemplo, desconsiderar *coisa* os semoventes furtados; e ainda a proposta de Kuhlen, no sentido de que os superados

conceitos de erro de fato e erro de direito extrapenal sejam retomados como subespécies do erro de tipo, sendo o primeiro como tal considerado e o segundo, tratado como *erro de subsunção*, penalmente irrelevante.

A proposta de Roxin, entretanto, parece ser a mais adequada, comportando verificação tópica, coisa que fica bem evidente com um exemplo dado por Cezar Bitencourt, a respeito do médico que, em um congresso de medicina, revela segredo a respeito do seu paciente, obtido por sua condição profissional. Assinala corretamente Bitencourt[65] – embora aparentemente em conflito com a solução por ele esposada – que se o médico alvitra obter benefícios para o próprio paciente, através de sugestões de seus colegas, sem imaginar que isso possa causar prejuízos ao paciente, estará presente um erro de tipo; se, ao contrário, ciente dos prejuízos ao paciente, imaginar que a eventual obtenção de uma informação justifica a conduta, estará presente um erro de proibição.

4.1.2 Do erro mandamental

Evidentemente, os tipos penais podem ser estabelecidos segundo normas proibitivas (tipos de ação) ou segundo normas mandamentais (tipos de omissão).

O erro, naturalmente, pode recair sobre dados típicos relacionados a proibições ou ordens. Daí que, por uma mera questão terminológica, parte da doutrina,[66] quando refere ao erro de tipo incidente sobre elementos de um tipo de omissão, utiliza, para identificá-lo, a expressão *erro mandamental.*

Nas hipóteses de tipos omissivos impróprios, a configuração do *erro mandamental* se dá pela incidência do erro sobre os dados identificadores da posição de garantidor.

Um bom exemplo é citado por Cláudio Brandão:[67]

“Maria pede à sua vizinha Marta que tome conta de sua filha Joana. Marta aceita o encargo, por conta de tenaz insistência de Maria (colocando-se, pois, na posição do garantidor, por força do parágrafo 2º, alínea *b*, [sic *do art. 13*] do Código Penal). Joana toma uma substância que lhe causa lesão corporal e grita por ajuda. Marta se abstém de ajudar porque também está presente em sua casa a prima de Maria e tem

convicção que já está tendo trabalho demais em cuidar de Joana.”

Note-se que o erro incide sobre os limites da obrigação derivada de sua condição de garantidor. Daí que sua responsabilidade pela produção do resultado fique condicionada à aplicação, na espécie, das regras do erro.

4.2 Do erro de proibição. O erro incidente sobre o conhecimento da ilicitude co pretensão de reprovabilidade

O Código Penal brasileiro regula o erro que afeta o conhecimento do injusto, nc seu art. 21,[68] cujo texto define o chamado *erro de proibição*.

O erro de proibição é incidente sobre o caráter ilícito do fato, ou seja, o sujeito compreende perfeitamente o que faz. Conhece as circunstâncias em que sua ação se desenvolve, mas supõe que ela esteja abrigada pelo ordenamento jurídico. Importa destacar, aqui, que não se trata de um mero desconhecimento do ordenamento jurídico em si, ou de seu veículo (a lei), mas sim da relação estabelecida entre este e a conduta realizada. Portanto, não se está tratando de nenhum símile com o erro de direito – este sim, relacionado ao conhecimento da lei. A referência aqui é ao caráter ilícito do fato realizado, ou seja, a como se relaciona e se valora, à luz do ordenamento jurídico, o comportamento realizado.

O erro de proibição exclui a pretensão de reprovação (culpabilidade) por falta de consciência da ilicitude. Por exemplo, o caboclo que arranca cascas de árvore para fazer chá sem saber tratar-se de crime ambiental, ou o estudante holandês que viaja para o Brasil, trazendo na bagagem maconha adquirida no mercado regular de Amsterdã, sem saber da proibição do consumo no seu destino. Pode referir-se ainda à validade da lei penal, como no caso do estudante de direito que convencido pelos estudos doutrinários da falta de legalidade da proibição de posse de drogas para uso próprio, as mantém consigo. Finalmente, o erro de proibição pode ser a respeito do significado da lei penal, como no caso da tergiversação ou patrocínio infiel, em que o advogado atua em favor de duas partes sucessivamente por não interpretar corretamente os limites jurídicos do termo *causa*.[69]

A previsão expressa a respeito da irrelevância do desconhecimento da lei no

art. 21 tem suscitado alguma reação de parte da doutrina, por entender presente uma violação do princípio de culpabilidade.[70] Essa reação parece desprovida de qualquer sentido. A irrelevância do desconhecimento da lei não deve ser entendida como a preservação de culpabilidade quando o sujeito não conhece a lei, mas sim como um aspecto irrelevante da consideração jurídica. É que o conhecimento que o agente tenha ou não da lei é mesmo completamente irrelevante, porque o que se atribui a ele e o que se quer saber, não é se ele conhece ou não a lei. O que se atribui a ele é o conhecimento ou não da relação da lei com a sua conduta, ou seja, da ilicitude de sua conduta. Não se afirma a culpabilidade em abstrato, mas sim em relação a fatos, assim, *sempre* haverá um fato ilícito a que se refere a análise do conhecimento, pelo que, *sempre*, estaremos tratando de se o autor conhece ou não que sua atitude é injusta, jamais se ele conhece ou não a lei. O desconhecimento da lei efetivamente não oferece escusa alguma, mas sua demonstração pode auxiliar na justa aferição do conhecimento da ilicitude.

Note-se, no entanto, que a fórmula do erro de proibição se relaciona não já a uma consciência efetiva da ilicitude, mas sim meramente potencial, com consequências de ampliação do âmbito de punibilidade, abrindo passo a sérias críticas da doutrina,[71] já que se trata de atribuir responsabilidade a alguém pela possibilidade que essa pessoa tem de saber que realiza um ilícito, e não porque ela *saiba* efetivamente que realiza um ilícito. Daí a necessidade de recortes hermenêuticos nos seus critérios de interpretação.

É preciso reconhecer que não se deve, no plano de uma potencial consciência da ilicitude, confundi-la com a exigência de uma consciência *real e presente* da ilicitude que, aliás, seria de impossível aferição, dadas as limitações processuais e a incapacidade do processo penal de apreender a circunstância *tempo* em que se desenvolveu o fato. Portanto, não é possível pretender identificar o erro de proibição com a "ausência de representação considerada suficiente para atribuir ao sujeito a consciência do injusto",[72] mas quiçá, melhor, ausência de circunstâncias que permitam afirmar que o sujeito poderia representar adequadamente a presença de um injusto.

4.3 O erro incidente sobre as permissões. As descriminantes putativas

Evidentemente, se o erro pode incidir sobre a pretensão conceitual de relevância e sobre a pretensão de reprovação, evidentemente, poderá também recair sobre as permissões. Nessa ocasião, se lhe denomina usualmente *descriminante putativa*.

Parte da doutrina[73] utiliza o termo *erro de proibição indireto* para referir-se às descriminantes putativas. O objetivo parece ser o de agrupar às hipóteses de erros incidentes sobre as permissões ao erro de proibição.

Não parece ser essa a melhor opção. Há marcadas diferenças entre a falsa percepção de que o fato globalmente considerado constitui uma contradição ao ordenamento jurídico (erro de proibição) e o erro incidente sobre uma permissão, que constitui um erro incidente sobre a existência ou extensão de uma norma permissiva justificante. Não é igual uma falsa compreensão global a respeito de que algo é proibido, na qual o sujeito imagina que o que realiza, com consciência e vontade, é perfeitamente lícito e o será em todas as ocasiões em que seja perpetrado e a situação daquele que entende que a situação por ele vivida não é usual, mas sim uma situação de exceção, cuja excepcionalidade torna permitida sua conduta.

Ademais, conquanto a opção legislativa de caráter político-criminal possa coincidir nos casos de erro de proibição e erro de permissão, o mesmo não se dá com os casos de erro de tipo permissivo, como se verá a seguir.

São várias as possibilidades de que o erro incida sobre a situação de justificação. Como bem alertava Assis Toledo, "o erro sobre uma causa de justificação pode recair sobre os pressupostos fáticos dessa mesma causa ('supor situação de fato'), mas pode também – isto é inegável e aceito em doutrina – recair não sobre tais pressupostos fáticos, mas sobre os limites, ou a própria existência, da causa de justificação ('supor estar autorizado')".[74] Nesses casos, aparece o que a doutrina denomina de *erro de permissão* – que incide sobre a existência ou os limites jurídicos da causa de justificação – e o *erro de tipo permissivo*, incidente sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação.

O erro de permissão é assim denominado porque atinge o conhecimento do

injusto por via indireta, ou seja, não diretamente em face dos elementos da norma incriminadora, mas através de uma falsa compreensão da norma permissiva que a acompanha no caso concreto. Assim ocorre, em dois casos: quando o agente desconhece os limites da norma permissiva, como por exemplo no caso do agente que, agredido por outro, foge e vai até sua residência buscar uma arma e retorna ao local da briga para empregá-la, pensando estar em legítima defesa; ou quanto à própria existência de uma causa de justificação como no caso da mulher que, tendo notícias de que gesta um bebê com grave deformidade física e mental, aborta pensando estar amparada por causa de justificação.

O erro de tipo permissivo, finalmente, é um erro sobre situação de fato que, se existisse, justificaria a conduta do agente, conforme previsto no art. 20, § 1º, do Código Penal.[75] Assim, por exemplo, quando o sujeito, julgando que seu desafeto oculta sob a jaqueta uma arma, quando se aproxima dele, ao vê-lo pôr a mão no bolso da jaqueta, dispara pensando que será agredido, quando, na verdade, a mão nos bolsos buscava pelo celular que estava tocando.

Em face da adoção da teoria limitada da culpabilidade pela legislação brasileira,[76] as duas primeiras modalidades (erro de permissão direto e indireto) são tratadas como erros aflitivos da culpabilidade; a terceira (erro de tipo permissivo) é tratada como erro de tipo, ou seja, aflitivo do dolo.

Eventuais dúvidas sobre os limites jurídicos da justificação, chamada de conhecimento *condicionado* do injusto, remetem, necessariamente, ao reconhecimento do erro,[77] cumprindo verificar, conforme se expõe adiante, sua escusabilidade.

4.3.1 O caso dos erros incidentes sobre as circunstâncias fáticas das permissões fracas

As hipóteses de permissões fracas também podem ser objeto de incidência do erro. Cuida-se, evidentemente, de *eximentes putativas*, ou seja, situações em que não está presente a permissão fraca, mas, por equívoco interpretativo, o sujeito supõe presente tal permissão.

Aplicam-se aqui as mesmas regras das descriminantes putativas, ou seja, caso a

circunstância percebida seja de ordem fática, incide o § 1º do art. 20, e caso seja relativa aos limites ou existência da permissão, aplica-se a regra do art. 21.

Note-se que, tanto em um como em outro caso, a referência legislativa é à *situação de fato que tornaria a ação legítima* e *isenção de pena*, pelo que não há nenhuma incompatibilidade legal com a opção aqui esposada.

5 UM FILTRO INTERPRETATIVO GERAL DAS HIPÓTESES DE ERRO: A ESCUSABILIDADE

A pergunta seguinte, e óbvia, é: em que casos haverá responsabilidade por imprudência (ou, na solução adotada no nosso Código Penal para o erro de proibição, pena diminuída)? Quando podemos dizer que o erro afastou completamente a responsabilidade e quando remanescerá responsabilidade integral com pena diminuída ou imprudente?

O critério, evidentemente vinculado à razoabilidade e aos processos de comunicação, é a *escusabilidade.* Se for razoável, perdoável, escusável o erro, será afastada a responsabilidade, considerando-se que não há elemento subjetivo na pretensão de ilicitude, já que não haverá culpa nem dolo, quando não, porque não se pode afirmar a potencial consciência da ilicitude.

Acontece que, quando surge a referência à escusabilidade, imediatamente aparecem as dúvidas quanto às consequências dos erros evitáveis, pois a lógica evidencia que a solução dada ao erro de tipo deveria ser também aplicável ao erro de proibição, já que em ambas o equívoco pode ser atribuído – caso inescusável – a um dever de cuidado objetivo, em geral, de percepção ou de informação.

Tudo isso depende de um primeiro juízo de valor: se as circunstâncias em que se deu esse erro são tais que, qualquer pessoa, nas mesmas circunstâncias do autor, não se equivocaria.

Como se nota, a historicidade do sujeito é convocada para a realização de um juízo de valor sobre sua conduta. Assim, tradicionalmente, a primeira pergunta a respeito do erro deve ser: qualquer pessoa, nas condições em que se encontrava o sujeito, e dentro dos conhecimentos especiais que ele dispôs, teria condições de saber

que estava cometendo um delito? Se a resposta for afirmativa, não é razoável que se atribua a essa pessoa qualquer classe de responsabilidade penal, ou seja, não é razoável que se impute a essa pessoa um delito. O caso será de um erro perdoável, escusável, porque invencível, insuperável. Ou seja, qualquer pessoa, no lugar do autor, se enganaria também.

Se, ao contrário, um erro for tal que outra pessoa, no lugar de quem atuou, em condições idênticas, não teria cometido, o erro é inescusável, imperdoável, justamente porque é superável, vencível. Nesse caso, admite-se que o ordenamento jurídico atribua responsabilidade, mesmo que não seja em um grau de reprovabilidade idêntico àquele que atuou sem enganar-se. O caso do erro inescusável é evidentemente um intermediário entre a ausência de responsabilidade e a responsabilidade plena, portanto, deve estar atrelado a uma responsabilidade mitigada.

O primeiro filtro hermenêutico que se deve tomar, portanto, na análise da teoria do erro, é se as condições permitem identificar ou não a existência de um erro. Em caso negativo, a responsabilidade remanescerá integral. Em caso positivo, há duas hipóteses: se o erro for escusável, a responsabilidade penal restará imediatamente excluída; se for inescusável, remanesce uma responsabilidade penal mitigada.

5.1 Escusabilidade e dever de informação

Particularmente no caso do erro de proibição, ao identificar-se sua ocorrência, a análise da escusabilidade está relacionada a um dever de informação. Sim, pois, ao tratar-se da consciência da ilicitude, a referência é o cotejo entre a conduta realizada e as normas que a regem. Daí deriva o questionamento a respeito do dever de informação, pois este será inversamente proporcional à escusabilidade do erro. Não será escusável o erro de proibição quando o autor do fato tiver o dever de informar-se sobre os atos que praticou e, *contrario sensu*, será escusável a conduta quando este dever de informação não estiver presente.

Welzel apontou para o problema da necessidade de delimitação dos deveres de informação ao afirmar que “um erro evitável de proibição somente pode basear-se em

uma ausência de informação ou em uma informação deficiente quando as circunstâncias concretas dão ao autor um motivo para isso”.[78]

De modo geral, a doutrina não avança para além dessa notícia,[79] no entanto, há questões cruciais a serem debatidas: quais seriam os limites que o princípio de culpabilidade impõe à consciência meramente potencial da ilicitude e, principalmente, quais os critérios que devem reger o reconhecimento do dever de informação e, consequentemente, a escusabilidade do erro.

O tema é bastante nebuloso,[80] especialmente porque o dever de informação será relacionado com a possibilidade de informar-se a qual depende de fatores variados como as condições pessoais do agente, sua historicidade, sua condição social, o local em que o fato ocorre e até mesmo a espécie de delito a que se refere.

Assim, resta por saber quando as circunstâncias podem falar a favor do autor, ou seja, quando as circunstâncias tornam inexigível o dever de informação.

Surge então a necessidade de delimitar os grupos de casos em que esse dever de informação pode estar presente.

Algumas pautas surgem de modo automático.

Não é possível pretender o estabelecimento de um dever geral de informação, já que isso seria incompatível com a própria ideia de um conhecimento *potencial* da ilicitude. É o que deflui já da própria existência do erro. Onde há erro não há consciência *potencial* da ilicitude, vale dizer, de entrada, o sujeito não tem condições de saber que pratica um ilícito. Isso é um ponto pacífico. A partir daí, verifica-se se essa falta de potencial consciência da ilicitude pode, de algum modo, ser atribuível ao próprio sujeito, o que tornaria o erro *inescusável*, mas ainda presente.

Portanto, não é possível estabelecer um dever geral porque se trata de uma atribuição pessoal.

Além disso, a doutrina mais autorizada[81] oferece outras razões igualmente importantes para afastar a ideia de um dever geral de informação, a saber: haveria redução da afirmação da culpabilidade (ainda que mitigada) do sujeito a uma violação de um dever; estar-se-ia obrigando o sujeito a um dever de informação não previsto em lei, com evidente violação do princípio de legalidade; e ainda, se a

própria informação fosse geradora de dúvida, abrir-se-ia o espaço a uma regressão ao infinito, incapaz de afirmar qualquer classe de culpabilidade aceitável.

O ponto de partida, evidentemente, há de ser diverso do critério que conduziu ao reconhecimento do erro, em geral resumido à historicidade concreta do sujeito. Aqui já não se trata mais simplesmente de verificar se qualquer pessoa, no lugar do sujeito e com suas condições pessoais, perceberia o ilícito, pois parte-se de premissa que não havia condições de perceber o ilícito, uma vez que o erro já foi reconhecido.

Assim, os critérios devem ser outros, porém, sempre interpretados de acordo com a historicidade concreta do sujeito. Trata-se, na verdade, de requisitos que, cumulativamente presentes, devem levar o sujeito à obrigação de buscar informação antes de arriscar-se a uma atuação que pode ser ilícita.

O primeiro filtro parece *ser a existência de uma dúvida*[82] a respeito da ilicitude, como pode ser o exemplo citado por Roxin[83] de se é ou não ilícito disparar no ladrão que foge.

Se das circunstâncias pessoais do sujeito deflui que ele não tinha plenas condições de saber que sua atuação é ilícita, sequer se estaria cogitando de erro. Então, é lógico supor que das circunstâncias o sujeito ou não teria condições de saber que estava praticando um ilícito – caso em que o erro de proibição resulta plenamente escusável – ou se verifica que ele poderia ter ficado em dúvida a respeito da ilicitude do fato, caso em que poderia existir o dever de informar-se, remetendo à possibilidade de um erro de proibição inescusável.

A discussão sobre a necessidade de que se trate de âmbitos especialmente regulados da vida de relação parece, na verdade, estar contida na questão da dúvida.[84] Obviamente, caso haja percepção de que a atuação se desenvolve em um âmbito especialmente regulado normativamente, isso remete à dúvida, quando não, à plena consciência da ilicitude.

Mas apenas a existência da dúvida não basta. É preciso ainda que essa dúvida se dê *fora de uma situação de urgência da tomada de decisão pela atuação*.

A atuação em erro torna-se escusável quando a dúvida sobre a ilicitude ocorre em uma circunstância em que o postergar da decisão pela atuação em prol da

obtenção da informação não possui amplo potencial de prejuízo para terceiros ou para o próprio sujeito. A ideia aqui assemelha-se ao que Roxin[85] aponta como *possibilidade de desfazer suas dúvidas sobre o injusto*.

Por exemplo, caso uma pessoa que está sendo vítima de concussão tenha dúvidas sobre se lhe é ou não permitido interceptar os telefonemas que faz o funcionário público para sua casa quando quem atende é sua esposa, não pode esperar obter a informação antes de agir sem evidentes prejuízos pessoais.

A ausência de possibilidade de postergar a atuação remete à quebra do dever de informação.

Evidentemente, a averiguação dessas circunstâncias, como antes dito, não prescinde da historicidade concreta do sujeito. Ou seja, na análise de presença dos dois requisitos cumulativos: a existência de dúvida e a ausência de situação de urgência, devem ser aferidos tomando-se em consideração a capacidade de percepção de tais circunstâncias pelo sujeito em concreto.

6 DO ERRO ACIDENTAL

Ao lado das hipóteses de erro de tipo, erro de proibição e descriminantes putativas, chamadas de erros essenciais, figuram os chamados erros acidentais. Estes, ao contrário daqueles, incidem sobre elementos não essenciais à configuração do crime e, por consequência, não podem afetar a decisão a respeito da imputação.

As modalidades de erro acidental apontadas pela doutrina são o erro sobre o objeto, o erro sobre a pessoa, o *aberratio ictus* e o *aberratio criminis*.

6.1 Do erro sobre o objeto

No erro sobre o objeto, o agente, intencionando realizar uma conduta que sabe ilícita, incidente sobre certo objeto material, equivoca-se quanto às suas características intrínsecas, em nada afetando, porém, o desvalor da conduta. É de fácil exemplificação no caso de equívocos quanto a crimes patrimoniais.

Por exemplo, o sujeito subtrai um colar de pérolas negras, pensando ser um colar de ônix; ou ainda, o receptador recebe um veículo modelo GT pensando ser um

modelo luxo, ciente de que se trata de produto de crime. Esse fato não afeta a responsabilidade dos agentes, no primeiro caso, pelo furto, no segundo, pela receptação.

6.2 Do erro sobre a pessoa

O erro sobre a pessoa é previsto expressamente no Código Penal, no art. 20, § 3º,[86] e consiste no equívoco quanto ao sujeito passivo do delito. A variação do destinatário da conduta ilícita não pode afastar, de modo algum, a responsabilidade penal do autor.

Por outro lado, há uma opção pela regulamentação legislativa tendo em vista que tal erro pode incidir sobre condutas que representem a realização de delitos com vítimas específicas ou que possuam circunstâncias específicas vinculando autor e vítima. Nesse caso, a opção do legislador, seguindo a opção finalista mencionada na exposição de motivos, foi por levar em conta as características da pessoa que o autor do delito visava atingir.

Por exemplo, Otávio entra em uma agência do banco X e pergunta quem é o Pedro. Quando um funcionário levanta a mão para identificar-se, rapidamente o indivíduo saca de uma arma, dizendo que soube que o Pedro, que trabalha no banco X, saiu, às escondidas, com sua (de Otávio) namorada. Dito isso, imediatamente dispara um tiro contra Pedro, visando matá-lo. Depois de realizado o fato, porém, constata-se que mais de um Pedro trabalha no banco X, e aquele que sofreu o disparo sequer conhecia Otávio ou a sua namorada. O Pedro que saiu com ela, naquele dia, faltou ao trabalho.

Ora, o caso é de um erro quanto a pessoa contra quem se realiza o crime. Não há nenhum equívoco a respeito de ser proibida a conduta, nem tampouco há dúvidas a respeito de que se mata alguém.

O erro apenas altera a condição de quem é a vítima. A identidade da vítima não torna o fato aprovado pelo sistema jurídico nem tampouco é uma circunstância componente do tipo de ação do homicídio. Portanto, não se altera a essência da imputação.

Mesmo assim, esse erro deve ser objeto do regramento jurídico, pois surge a dúvida: uma vez que o móvel do crime foi a vingança, porém, essa vingança se dirigia contra uma pessoa diversa daquela que foi vitimada, o crime será um homicídio qualificado pelo motivo torpe (art. 121, § 2º, do Código Penal) ou um homicídio simples (art. 121, *caput*, do Código Penal)?

A solução adotada pelo Código Penal brasileiro passa por sua orientação finalista. Atento à finalidade, o Código estabelece o desvalor da ação vinculado ao propósito do agente, e como tal, sustenta que se deve tomar em consideração as condições da pessoa que se queria atingir e não da pessoa efetivamente atingida. Assim, no caso do exemplo, teremos um homicídio qualificado.

6.3 Do *aberratio ictus*

O *aberratio ictus* é o desvio ou erro na execução. Nesse caso, o sujeito sabe perfeitamente qual é o regramento jurídico a respeito do fato e tem uma correta percepção sobre os elementos que compõem o juízo de imputação.

Seu erro assenta-se sobre a execução do plano delitivo. Ou seja, o sujeito age mal na realização do crime. Ele pretendia alcançar determinado resultado contra alguém e age para tanto, mas, por falta de precisão no manejo dos meios de execução, acaba produzindo o mesmo resultado contra pessoa diversa da pretendida.

Por exemplo: O terrorista planeja matar o Senador, que fará um discurso na praça da cidade. Ele se posta escondido de modo a acomodar o seu fuzil para fazer o disparo. No momento escolhido para isso, no entanto, imediatamente após o disparo, o gesticular do político faz com que ele se mova bruscamente, evitando encontrar-se com o tiro que, não obstante, aloja-se na pessoa do seu segurança pessoal, que se encontrava imediatamente atrás dele.

Nesse caso, não há equívoco quanto ao regramento jurídico a respeito da matéria, nem tampouco sobre os elementos que compõem o tipo de ação do homicídio. Tampouco se pode dizer que o sujeito enganou-se a quem era a pessoa do seu alvo. Ele sabe perfeitamente o que faz e contra quem faz. O equívoco é meramente de execução. O atirador executa mal o disparo.

A matéria aparece regulada pelo art. 73 do Código Penal e refere a que, caso produzido resultado contra pessoa diversa da alvitrada pelo agente, ele responde na forma do art. 20, § 3º, do Código Penal, ou seja, segundo a mesma fórmula do erro quanto à pessoa, atribuindo--se responsabilidade conforme a se o agente tivesse atingido a pessoa que queria atingir. Essa situação é denominada *aberratio ictus* com resultado simples.

Há, no entanto, no mesmo art. 73 do Código Penal, a previsão da *aberratio ictus* com resultado duplo, prevendo a regra de concurso formal de crimes (art. 70 do Código Penal) caso o agente tenha atingido terceiro, mas também tenha atingido aquela pessoa que pretendia atingir.

Evidentemente, essa é uma regra geral. Assim, é possível tanto a *aberratio ictus*, com resultado simples, quanto com resultado duplo ou com resultado múltiplo.

6.4 Do *aberratio criminis*

No *aberratio criminis* o que ocorre é que o erro na execução determina a alteração do delito realizado. Por exemplo, Antonio joga uma pedra contra João, em quem ele visa produzir lesões. No entanto, porque João, que não percebia o ataque, se abaixa e vai apanhar uma moeda que cai no chão, a pedra contra ele lançada atinge o vidro de um carro que se encontrava estacionado atrás dele.

Nesse caso, poder-se-ia pensar que o erro na execução converte um crime de lesões em um crime de dano.

No entanto, não parece correta a solução. Se o dolo é normativo e atributivo, a situação, ao menos no que se refere aos crimes dolosos, há de ser solucionada pelo concurso de crimes entre o dano consumado e as lesões tentadas. No caso do dano, evidentemente, há que se cogitar, ainda, se o caso é de dolo eventual ou se trata-se apenas de imprudência, o que exclui a responsabilidade, por falta de previsão legal da modalidade imprudente de dano.

7 O DELITO PUTATIVO POR ERRO DE TIPO OU ERRO DE PROIBIÇÃO

O contrário das situações de erro é justamente a situação em que não existe o

delito, mas aquele que atua, em função de um erro, supõe existir crime.

Assim, por exemplo, o sujeito que traz consigo um invólucro contendo um pó branco, adquirido do traficante como se fosse cocaína, o qual, depois, constata-se ser apenas talco, não está cometendo um crime. Do mesmo modo, a mulher que gesta um filho gerado por um estupro e busca a clandestinidade para interromper o processo gestacional não está praticando o crime de aborto.

Aqui o erro é justamente uma falsa impressão de realização de um delito, quando, de fato, não existe crime.

8 O ERRO PROVOCADO POR TERCEIRO

Existem situações em que o erro em que incide o sujeito é determinado por terceiro que o induz ou instiga a uma prática delitiva. Nesse caso, existe uma situação de erro, mas essa situação não deriva de uma condição natural, mas induzida. Nesse caso, é preciso identificar a responsabilidade não apenas daquele que realiza o delito, mas também daquele que interfere na falsa percepção a partir da qual o delito se desencadeia.

Assim, por exemplo, A entrega a B uma arma, dizendo-a descarregada, e o convence a assustar C, disparando a arma vazia em direção deste. Ao fazê-lo, no entanto, é expelido o projétil que mata C. Aqui, existem duas pessoas implicadas na responsabilidade: aquele que forneceu a arma (A) e aquele que disparou (B).

Aquele que disparou (B) foi induzido em erro, pois pensava que a arma era incapaz de produzir disparos, portanto, não pensava que ao apontar e premir o gatilho, realizava uma ação de *matar*, mas sim uma ação de *assustar*. Ele responderá pelo crime de acordo com sua modalidade de erro, ou seja, se foi um erro de proibição, um erro de tipo ou uma descriminante putativa e se a situação de erro era qualificada como escusável ou inescusável.

Já aquele que induziu o disparo (A) responderá de acordo com seu elemento subjetivo. Ou seja, se entregou a arma carregada deliberadamente, por dolo, se descuidou-se no processo de descarregar previamente a arma, imprudência.

Assim, existe, no caso, uma dissociação da responsabilidade, a despeito de que

o Código Penal mencione uma opção pela teoria unitária do concurso de pessoas que estaria consubstanciada no art. 29. No caso de erro determinado por terceiro, cada qual dos envolvidos (determinante e determinado) tem sua responsabilidade determinada por um conjunto de regras diferentes. Talvez seja esta mais uma evidência de que o Código, na verdade, se decanta por uma teoria diferenciadora que, também por razões associadas ao erro, é capaz de respostas juridicamente melhores.

---

1 Assim: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. de Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thom. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. 5. ed. Granada: Comares, 2002; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I; FRISTER, Helmut. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2009; e ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Como exceção, agrupando em um único capítulo toda a discussão sobre o erro: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho penal*. 4. ed. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters, 2010. No Brasil, apresentaram o tema fragmentadamente: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal. Parte geral*. 15. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995; GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; MESTIÉRI, João. *Manual de Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I; GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2010; TELES, Ney Moura. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004; ZAFFARONI, Eugeni Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNI

PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto d *Direito penal brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; GOMES, Lui Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal. Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2; e SANTOS, Juarez Cirino dos *Direito penal. Parte Geral.* 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC--Lumen Juris 2008. As exceções, no Brasil, ficam por conta principalmente de Cláudio Brandão. *Curso de Direito penal.* Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008. p. 235-255, que apresenta um capítulo sobre o tema; Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito penal. Parte Geral.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 437-463; e Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 254-287, que agrupam o tema em um tópico único.

2 Servem de exemplo desse proceder: GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996; e MUÑOZ CONDE Francisco. *El error en Derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

3 A respeito da distinção entre o raciocínio plano do *Common Law* e o raciocínio escalonado do *Civil Law,* veja-se: FLETCHER, George Patrick. *Lo Justo y lo Razonable*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

4 A circunstância já foi percebida por outros autores no cenário jurídico penal brasileiro, que optaram por unificar a tratativa do erro. Destacando um capítulo específico sobre a problemática, de forma similar a adotada aqui, veja-se: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 235-255. Antes ainda, porém, situando o tema dentro da culpabilidade: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos*... cit., p. 254-287.

5 Veja-se, para detalhes: o Capítulo 8 deste livro.

6 Cf. CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal.* Trad. de J Luiz V. de Franceschini e Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. t. I, p. 194 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal.* Buenos Aires: Losada, 1965. t. VI, p. 313; BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte Geral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 2º, p. 109; GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. t. I, p. 274, MUNHOZ NETTO Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 3.

7 A informação aparece em Cláudio Brandão. *Curso*... cit., p. 238 e 240.

8 Cf. MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade*... cit., p. 25.

9 Cf. MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. 2. ed. Trad. de Pedro Dorado Montero. Bogotá: Themis, 1999, p. 64-65.

10 Cf. MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade*... cit., p. 27. O trecho citado leva o título *De juris et facti ignorantia*, e é assim redigido: "*Regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.*"

11 Cf. MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade*... cit., p. 35.

12 Cf. MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade*... cit., p. 37.

13 Cf. MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade*... cit., p. 38.

14 Cf. MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade*... cit., p. 42.

15 Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 491.

16 Na doutrina alemã, a expressão utilizada era *strenge Vorsatztheorie*. A expressão *streng* traduz a ideia de *severo, rigoroso, austero*, e também é usada para significar *estrito*.

17 A notícia figura em Cláudio Brandão. *Curso*... cit., p. 217-218.

18 Veja-se a crítica de Reinhard Maurach. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. I, p. 134.

19 BELING, Ernst Von. *La doctrina del delito-tipo*. Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 78.

20 Para detalhes, veja-se: GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2. ed. Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007.

21 Veja-se comentário nesse sentido em Francisco Muñoz Conde. *El error*... cit., p.

22 Cf. WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte General*. Trad. de Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 130.

23 MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error*... cit., 1989, p. 26.

24 BELING, Ernst. *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: 2002. p. 73.

25 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error*... cit., p. 26.

26 Nesse sentido, por exemplo, a veemente crítica de Johannes Wessels em *Derecho*

penal... cit., p. 131; DIAS, Jorge de Figueiredo.*Direito penal*... cit., p. 495-496. Veja-se também comentários ilustrativos em Alcides Munhoz Netto. *A ignorância da antijuridicidade*... cit., p. 81-82.

27 Tais dificuldades probatórias foram apontadas detalhadamente por Reinhart Maurach em *Tratado*... cit., p. 137.

28 A análise das razões do surgimento da teoria limitada do dolo são de Francisco Muñoz Conde e estão em *El error*... cit., p. 31-32.

29 Cf. MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade*... cit., p. 82.

30 Franz Gürtner foi Ministro da Justiça alemão durante o governo de Adolf Hitler e par desse projeto, foi responsável pela proposta aprovada por Hitler em 14 de outubro de 1936, que estipulava o uso da guilhotina para a execução das penas de morte a partir de então. Consta inclusive que apoiou os assassinatos cometidos por Hitler no episódio conhecido como a Noite dos longos punhais.

31 O texto do projeto aparece em Juan Córdoba Roda.*El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito.* Barcelona: Bosch, 1962. p. 111. Comenta o projeto como fonte da teoria limitada do dolo: WELZEL, Hans *Derecho penal alemán.* 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 190.

32 Mezger critica o uso da expressão *cegueira jurídica* (*Rechtsblindheit*) propondo utilização da expressão *inimizade jurídica* (*Rechtsfeindschaft*). Cf. MEZGER Edmund. *Modernas orientaciones de la Dogmática Juńdico-Penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 67.

33 Veja-se, com detalhes, inclusive procurando rebater parte das pertinentes críticas contra a posição esposada: MEZGER, Edmund.*Modernas orientaciones*... cit., p. 66-72.

34 MEZGER, Edmund. *Modernas orientaciones*... cit., p. 69-70. Sobre a postura de Mezger em face da culpabilidade por condução de vida e sua colaboração com o governo nazista, vide: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo.* Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2005. Para breves comentários, veja-se: TOLEDO, Francisco de Assis *Princípios básicos*... cit., p. 239.

35 A crítica aparece, entre outros, em Hans Welzel. *Derecho penal alemán*... cit., p. 190.

36 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error*... cit., p. 32.

37 Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo*... cit., p. 66.

38 LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime e outros estudos*. Recif UFPE, 1970. p. 257.

39 LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*... cit., p. 261.

40 Cf. LUNA, Everardo da Cunha.*Capítulos de Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 268.

41 Aponta-se normalmente para Merkel como o precursor da teoria dos elementos negativos do tipo (veja-se: MERKEL, Adolf.*Derecho penal. Parte General*. Trad. de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004).

42 A informação aparece em Alcides Munhoz Netto. *A ignorância da antijuridicidade*... cit., p. 82; e GOMES, Luiz Flávio.*Erro de tipo*... cit., p. 69. No Brasil, pode ser citado como representante deste ponto de vista Miguel Reale Júnior (Cf. REALE JR., Miguel*Teoria do delito.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 56).

43 Veja-se, para amplos detalhes sobre o surgimento, utilização e crítica da teoria do elementos negativos do tipo: HIRSCH, Hans Joachim.*Obras Completas. La Doctrina de los elementos negativos del tipo penal. El error sobre las causas de justificación.* Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. t. IV.

44 Cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal. Uma introdução à doutrina ação finalista.* Trad. de Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 63.

45 Denominada por algum autor de *teoria "rigorosa" da culpabilidade.* Assim em: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 308.

46 Nesse sentido aponta a doutrina em geral, por exemplo: GOMES, Luiz Flávio. *Er de tipo*... cit., p. 83. No entanto, há precursores de tais ideias antes mesmo do finalismo, como se pode ver, por exemplo, na ideia de que o erro e outras formas de exclusão da culpabilidade não são mais do que "o reverso da própria teoria da culpabilidade". Cf. MAYER, Max Ernst.*Derecho penal. Parte General.* Trad. de Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2007. p 391 ss.

47 Nesse sentido: WELZEL, Hans*Derecho penal alemán*... cit., p. 197. Além de

Welzel, vários outros autores também defenderam esse ponto de vista, entre os quais merece destaque Reinhard Maurach. *Tratado*... cit., p. 144 ss. No Brasil: MUNHOZ NETTO, Alcides *A ignorância da antijuridicidade*... cit., p. 116; COSTA JÚNIOR, Heitor. Aspectos da parte geral do anteprojeto do Códig Penal. *RT*, nº 555, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1982, p. 462-463; FRAGOSO, Heleno Cláudio *Lições de Direito penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 191; e TUBENCHLAK, James *Teoria do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 51-52; e LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987. p. 125.

48 Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, r permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

49 Assim, por exemplo, Alcides Munhoz Netto. *A ignorância da antijuridicidade*... cit., p. 116, ao afirmar que "o texto do citado dispositivo legal não leva a que se considere, substancialmente culposo, o crime cometido por vencível erro de fato sobre descriminante".

50 Assim, por exemplo: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos*... cit., p. 274; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Org.). Código Penal e su Interpretação Jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p 52; TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 183; e BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 252.

51 Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitud (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às descriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada "teoria limitada da culpabilidade".

52 LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica*... cit., p. 257.

53 Veja-se, por exemplo, em Alaor Leite. Existem deveres gerais de informação no Direito penal? *RT*, nº 922. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2012, p. 326.

54 Sobre as consequências da adoção do princípio de culpabilidade em Direito pena veja-se o Capítulo 2 deste livro.

55 Veja-se comentário em Alaor Leite. Existem deveres... cit., p. 326.

56 Assim, por exemplo: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*... cit., p. 999.

57 Veja-se Capítulo 8 deste livro.

58 Veja-se, a respeito, Capítulo 8 deste livro.

59 De modo semelhante: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 245.

60 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 153-154.

61 A expressão é de Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado*... cit., p. 450.

62 Defendendo essa posição: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁ Mercedes. *Derecho penal. Parte general.* 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 275. No Brasil: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado*... cit., p. 451, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 154.

63 ROXIN, Claus. *Teoria del Tipo Penal.* Trad. de Enrique Bacigalupo. Buenos Air Depalma, 1979. p. 217.

64 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 155-156.

65 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 452.

66 Por exemplo: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 253.

67 BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 254.

68 Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

69 Os exemplos sobre as diferentes modalidades de erro de proibição são todos de Juarez Cirino dos Santos.*Direito penal*... cit., p. 326-328. Há que se observar que quanto ao erro de proibição identificado como erro sobre o significado da proibição, ele é interpretado por parte da doutrina como erro de tipo, eis que recai sobre uma elementar normativa do tipo. O tema do erro incidente sobre elementos normativos do tipo divide a doutrina, alguns optando por tratar como erro de tipo, outros como erro de proibição.

70 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos*Direito penal*... cit., p. 321-322; MESTIÉRI, João*Manual*... cit., p. 182; FRAGOSO, Heleno Cláudio*Lições de Direito penal. Parte Geral*... cit., 15. ed., t. I, p. 205.

71 Veja-se, a respeito, a posição adotada por Carlos Martínez-Buján Pérez. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General.* 2. ed. Valencia: Tirant lo

Blanch, 2007. p. 455.

72 A expressão é de Alaor Leite. Existem deveres... cit., p. 337.

73 Assim, por exemplo: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 250-251; BRODT, Lu Augusto Sanzo. *Da consciência da ilicitude no Direito penal Brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 74-75.

74 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos*... cit., p. 273.

75 Art. 20. [...] § 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

76 Veja-se adiante as diferentes teorias sobre a situação sistemática da potencial consciência da ilicitude.

77 Em sentido contrário ao aqui defendido: SANTOS, Juarez Cirino dos*Direito penal*... cit., p. 314.

78 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 204.

79 Veja-se, por exemplo: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 255.

80 A dificuldade é tamanha que parte da doutrina entende não ser possível a criação marcos divisórios de escusabilidade, remanescendo esta uma "zona nebulosa". Assim, por exemplo: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 254.

81 As oposições aparecem em Alaor Leite. Existem deveres... cit., p. 326 e 328. C autor ainda apresenta outra oposição, de caráter político-jurídico, relacionada a uma tendência à pan-penalização, que parece não ser tão inexorável quanto as demais oposições lançadas, pelo que, aqui, não é subscrita.

82 Sobre a relevância do tema da dúvida no erro de proibição, porém, em uma discussão mais ampla e diversa do critério aqui proposto, veja-se: LEITE Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito penal.* São Paulo: Atlas, 2012.

83 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*... cit., p. 874.

84 De forma diversa: LEITE, Alaor. Existem deveres...cit., p. 333.

85 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*... cit., p. 875.

86 Art. 20. § 3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta c pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima,

senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Capítulo 13
TENTATIVA DE DELITO

1 INTRODUÇÃO

Determinadas condutas são consideradas tão nocivas para a organização social que não é razoável aguardar a efetiva aflição dos bens jurídicos para que haja reação de parte do sistema de controle social do intolerável.

Dessa circunstância resultam diferentes técnicas de tipificação que representam avanços nas barreiras de imputação. Uma dessas fórmulas é o castigo da tentativa. A punibilidade de algumas condutas, a despeito de que se logre ou não a produção do resultado socialmente desvalorado, constitui o que se chama de tentativa de delito.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO

O direito romano desconhecia completamente a figura da tentativa de delito.[1]

Nilo Batista[2] refere que no âmbito canônico, que possui forte influência no direito brasileiro, por força de suas matrizes ibéricas, a figura da tentativa igualmente era completamente desconhecida, salvo por determinações muito específicas, como a hipótese da pedrada que não logra atingir o clérigo, de tal modo que resultava impossível traçar qualquer critério geral a respeito do tema.

Segundo anotam Jescheck e Weigand,[3] o direito germânico possuía apenas algumas figuras de delito tentado, como, por exemplo, o ato de desembainhar a espada, tendo estabelecido, ainda, especialmente para a figura do homicídio, uma ampla regulamentação da matéria.

A *Constitutio Criminalis Carolina*, em seu art. 178, apresentava por primeira vez, legislativamente, uma definição geral da tentativa punível.[4] A construção iniciou pela punibilidade da tentativa dos crimes atrozes, iniciando-se pelo de lesa-

majestade.[5]

Entretanto, foi somente no período mais avançado do direito medieval, no período dos pós-glosadores, no século XVI, que surgiu a construção de uma solução intermediária entre a punibilidade e a impunidade do crime, em face da tentativa. Foi Próspero Farinacius, coma obra *Tractatus Criminalis*, quem criou a figura do *conatus* (tentativa), distinguindo entre *conatus remotus* (atos preparatórios) e *conatus proximus* (atos de execução), estabelecendo as bases do estudo da tentativa.[6]

O modelo que temos hoje, oriundo do Código Penal francês de 1810,[7] separa as etapas do *iter criminis* (itinerário a percorrer desde a ideação do crime até a consumação) em: (a) *Cogitatio*, ou cogitação, que é o planejamento do evento pelo sujeito, completamente impune, pois não se castigam pretensões; (b) atos preparatórios, que ainda como parte da organização do plano do autor, já são atos externos, por exemplo, a compra da arma, visando o homicídio, os quais não são puníveis, a menos que constituam, por si só, crimes, como, por exemplo, a obtenção de petrechos de falsificação de moeda; (c) atos de execução, que se traduzem em atitudes diretamente ligadas à prática do crime, consistindo na efetiva execução do plano do autor, configurando atos puníveis como tentativa; (d) consumação, que é o alcance do resultado pretendido pelo autor, punível como crime consumado; e (e) exaurimento, que eventualmente figura como um objetivo extra que não faz parte do tipo incriminador, como por exemplo a obtenção de lucro, no furto, ou o recebimento da vantagem, anteriormente solicitada, na corrupção passiva.[8]

Assim, chega-se ao conceito de que crime tentado é o crime cuja execução foi iniciada e que não chega ao resultado, contrariando a planificação elaborada pelo agente. Outra não é a definição legal prevista no Código Penal brasileiro, em seu art. 14, inciso II.[9]

3 OS LIMITES DA TENTATIVA

Sempre que presentes todos os elementos do tipo, o fato está consumado; ausente o resultado, o crime é tentado. Assim, não há qualquer problema de delimitação entre consumação e atos de execução, que inclusive é um tema de parte

especial, porque cada tipo terá seus elementos próprios, cuja reunião perfila o tipo consumado.

O problema fundamental da tentativa é justamente a separação entre atos preparatórios (impunes) e atos de execução (puníveis), que deu margem a uma infinidade de teorias que procuraram, sob argumentos distintos, firmar essa fronteira.

3.1 As teorias sobre a separação entre atos preparatórios e atos de execução

Se o limite mínimo de punibilidade do delito, expresso pela tentativa, começa com os atos de execução, enquanto que os atos preparatórios, salvo a hipótese excepcional de que eles próprios configurem um crime específico, restam impunes, a fronteira entre ato de execução e ato preparatório é a verdadeira fronteira entre punibilidade e impunidade em relação ao *iter criminis*.

Daí que sejam várias as teorias que procuram delimitar o início da punibilidade do intento delitivo, passando por distintos pontos de vista que se relacionam diretamente com o alcance que se quer dar ao sistema de imputação, existindo pontos de vista que variam desde aqueles que entendem que não há possibilidade alguma de firmar uma regra geral de identificação dos atos de execução até aqueles que não só creem existente esse ponto divisório, como ainda o formalizam ao máximo.

Um breve relato sobre essas tendências resulta, portanto, essencial à compreensão do tema da tentativa de delito.

3.1.1 Teoria negativa

Especialmente os autores vinculados a uma matriz positivista científica entendiam que, mais importante que a delimitação do momento da tentativa de delito, era não deixar impune seu autor, desde que detectada sua vontade de realização delitiva, chegando algum autor a considerar inútil a própria divisão do *iter criminis*.[10] Daí negarem a possibilidade de tal delimitação.

Por isso a denominação de *teoria negativa*, ou seja, o reconhecimento de que é impossível definir o limite através de uma regra geral, devendo ficar a cargo do juiz, topicamente, estabelecer o que venha a ser ato preparatório e ato de execução.[11]

É bem verdade que a tópica vem complementando a jurisprudência, no exato sentido para o qual já alertava Viehweg.[12] No entanto, as várias situações em que os estudiosos de dogmática jurídico-penal têm se valido de um método tópico para o enfrentamento de determinadas questões usualmente resultam na opção pelo critério do delineamento de grupos de casos.[13] Essa opção resulta bastante mais lógica, na medida em que permite o enfrentamento da questão com um mínimo de segurança jurídica.

Deixar completamente em aberto a questão, legando a solução do caso ao (nem sempre) prudente arbítrio do juiz, parece temerário.

3.1.2 Teoria subjetiva pura

Para a chamada *teoria subjetiva pura*, a fonte da identificação do ato de execução reside na vontade de cometer o delito e na representação do autor a respeito dos efeitos de sua realização. Seria a própria manifestação de vontade do autor quem definiria o início da execução.[14]

O problema é que a vontade está em todas as etapas do delito, desde a *Cogitatio*, e não se altera, até o exaurimento. Ou seja, se a pretensão é de apreensão da vontade enquanto guia da conduta, é muito difícil, para não dizer, impossível, com base nela, afirmar o que é ato de execução e o que é ato preparatório. Não seria possível cogitar a punibilidade de meros planejamentos delitivos, quer eles se expressem em atos preparatórios, ou não, pois, como bem refere Welzel, "não se castiga a vontade má como tal, mas somente a vontade má em realização".[15]

Se, ao contrário, a ideia é identificar o ato de execução como a *externalização* da vontade ou da representação, essa manifestação externa não é um dado subjetivo, mas objetivo e, portanto, não seria o caso de chamá-la de teoria subjetiva. Ademais, haveria a dificuldade adicional de estabelecer com precisão quais os critérios objetivos de identificação dessa manifestação de vontade.

Efetivamente, a vontade do agente, em si, não pode ser critério de separação de absolutamente nada.

Sem contar ainda a consequência de punibilidade das situações de delito

putativo por erro, por exemplo, no caso da mulher que ingere substâncias abortivas pensando estar grávida, quando, em realidade, não está.[16]

Essa teoria representa um posicionamento hoje já completamente abandonado.[17]

3.1.3 Teorias objetivas

As *teorias objetivas* têm em comum a ideia central de que se o dolo é igual em todas as etapas da prática delitiva,[18] a identificação dos atos de execução depende de manifestações externas inequívocas identificadas por um terceiro observador no sentido da pretensão criminosa. Essas teorias diferenciam-se internamente, com vistas à identificação do que venha a ser esse indicador externo objetivo.

3.1.3.1 Teoria objetivo-formal

A *teoria objetivo-formal* foi o primeiro enunciado de um critério objetivo sobre a determinação do início da execução[19] e um de seus primeiros defensores foi von Hippel.[20] Para essa teoria, são atos de execução aqueles atos que representam o início da realização dos elementos do tipo. Ou seja, a identificação se dá através da presença concreta de algum ato que consista na realização do verbo que expressa o núcleo do tipo legal de crime. Essa é a teoria mais aceita pela doutrina.[21]

No entanto, os problemas com essa teoria são claros. Por exemplo, no furto, o núcleo do tipo é subtrair. Sendo assim, somente a partir do contato físico do autor com a *res furtiva* seria possível falar em tentativa de furto. Segundo esse entendimento, o sujeito que arrombasse a porta de uma residência e lá ingressasse e estivesse abrindo um cofre com o emprego de uma furadeira, sendo flagrado no exato instante em que lograsse abrir o cofre, somente poderia ser punido por dano ao patrimônio particular e violação de domicílio, o que parece totalmente fora da realidade.

Ademais, há problemas de indefinição, porque o desprezo completo do aspecto subjetivo não permite identificar quando um disparo contra alguém é lesão corporal ou tentativa de homicídio.[22]

3.1.3.2 Teoria objetivo-material

Justamente a insuficiência demonstrada pela teoria objetivo-formal, no que refere a preservar a impunidade de casos em que o bem jurídico é evidentemente posto em risco, trouxe à baila a questão do bem jurídico como fonte de referência para a construção dogmática, dando ensejo a proposições complementares à teoria objetivo-formal, que a dotassem de maior conteúdo material. Por essa razão, denominaram-se essas teorias de teorias *objetivo-materiais.*

Para a *teoria objetivo-material*, não basta a realização de algum dos elementos do tipo para podermos falar em atos de execução, é necessária a presença de efetivo perigo para o bem jurídico protegido pelo tipo. Assim, aquele que aponta a arma já põe em perigo a vítima antes de disparar, e aí já há tentativa.

Esta, no entanto, não foi uma nova tese, que pretendia superar a teoria objetivo-formal, senão que constituiu apenas um complemento daquela, desenvolvido a partir de suas insuficiências.[23]

A doutrina costuma apontar como início de tal desenvolvimento uma tese de Frank,[24] para quem o começo da execução se identificaria "em toda atividade que em virtude de seu necessário pertencimento à ação típica, apareça, para a concepção natural, como sua parte integrante". A partir dessa concepção, exatamente por sua imprecisão, surgiu a ideia de que o ato precedente à realização do tipo, mas que lhe fosse logicamente necessário, deveria ser considerado ato de execução.[25]

A construção desembocou finalmente na ideia geral de identificar o ato de execução como início da agressão ao bem jurídico, na fórmula que melhor foi sintetizada pelo trabalho de Max Ernst Mayer.[26] Mayer[27] preocupou-se em identificar a tentativa como a representação de uma conduta perigosa, para evitar, por um lado, a impunidade de atitudes que consistissem em um verdadeiro perigo e, por outro, o castigo a algo que não represente perigo. Para ele, a tentativa possui um resultado próprio, *sui generis*, de caráter presumido. Assim, só caberia identificar como início da execução "a colocação em perigo do bem jurídico".[28]

Essa proposta, contudo, também tem problemas, pois, do mesmo modo, ao desprezar considerações sobre o dolo, não consegue identificar, por exemplo, se

quem aponta a arma pretende matar ou lesionar a vítima. Afinal, qual bem jurídico está exposto a perigo? A vida ou a integridade física?

Ademais, parece que a teoria antecipa indevidamente o ponto de punibilidade, pois, no caso do exemplo, se o apontar da arma consistir em tentativa, como deixar de punir o caso do sujeito que, após apontar, desiste de proferir disparos e guarda a arma? Se fosse tentativa, deveria ser punível. Entretanto, ninguém duvida que essa hipótese há de permanecer impune.

3.1.3.3 Teoria objetivo-individual ou objetivo-subjetiva

A *teoria objetivo-individual* parece ser a que melhor resolve a questão.

Também chamada de teoria objetivo-subjetiva, entende que somente se pode falar em início de execução diante da presença de elementos indicadores de que o autor iniciou a realização do seu plano.

Ela pretende adotar um critério que una aspectos objetivos e subjetivos da prática delitiva. Por um lado, aponta para aspectos objetivos ao exigir a imediatidade da conduta em relação à realização típica e, por outra, leva em conta aspectos subjetivos, ao relacionar como fonte o plano do autor.

Essa tese é muito bem exposta por Welzel, seu acérrimo defensor:

> "A tentativa começa com aquela atividade com a qual o autor, segundo seu plano delitivo, se coloca em relação imediata com a realização do tipo delitivo. [...] Sempre se deve partir da ação típica do tipo delitivo em particular (subtrair, roubar, matar, etc.); [...] A isto se acrescenta a comprovação individual de se o autor, de acordo com a disposição do seu plano delitivo, colocou em atividade imediata a realização típica."[29]

Com isso, Welzel[30] identifica claramente como tentativa de homicídio, por exemplo, não apenas o ato de disparar a arma, mas também o de apontá-la.

Note-se que o *plano do autor*, na proposta de Welzel, somente pode ser descoberto a partir do tipo, ou seja, do reconhecimento do *tipo de ação* a que ele se refere, ou seja, do *sentido* que possui a ação realizada.[31]

Isso não é um acaso. Somente a partir da apreensão de sentido de um tipo de ação é possível definir a tentativa, já que não existe uma tentativa *em si*, mas sim uma *tentativa de algo*. Logo, esse *algo*, que é o tipo, deve ser percebido através da ação realizada, para que se identifique concretamente a presença de uma tentativa.

Portanto, o acerto da tese objetivo-individual comprova uma vez mais a correção da base comunicativa para a estruturação da teoria do delito.

A ideia de execução do plano do autor é, de fato, uma questão de pacificação doutrinária, bem como de ampla aceitação.[32]

A dificuldade persiste no que tange a dimensionar qual é o aspecto objetivo que define o início da execução do referido plano, dando ensejo a duas posições.

A primeira, defendendo que deve ocorrer uma imediata relação com o tipo. Nesse sentido, Hans Welzel[33] defendia que "a tentativa começa com aquela atividade com a qual o autor, segundo seu plano delitivo, põe-se em relação imediata com a realização do tipo de delito", que é a posição dominante.[34]

A segunda, que exige a execução específica de elementos do tipo, no mesmo sentido da teoria objetivo-formal.[35]

Dessa diferença, conclui Juarez Cirino dos Santos,[36] que a vertente dominante da doutrina admite, na parte objetiva, uma coincidência com a teoria objetivo material, no sentido de antecipação da punibilidade para atos que não gozam de potencialidade lesiva, e opta, ao final, pela segunda vertente.

O comentário e a opção não parecem, igualmente, corretos. Vejamos com um caso concreto. No caso do conhecido conto do bilhete, quando os autores, disfarçados, iniciam a conversa com a vítima, visando que esta lhes entregue valores para ficar com o bilhete, sem dúvida, já deram início ao seu plano, contudo, não se pode falar nem de obtenção de vantagem (núcleo do tipo), nem de colocação em perigo do patrimônio da vítima (bem jurídico afligido). Portanto, é difícil compreender por que se exigiria formalmente a realização do núcleo do tipo ou a ofensa ao bem jurídico *complementarmente* à deflagração do plano do autor. O mesmo se pode dizer do sujeito flagrado de posse de um pé de cabra, mais um saco de estopa e um papel com anotação sobre a combinação do cofre, em frente à porta

recém-arrombada de uma residência. Evidentemente, ele já deu início à realização do seu plano de furto, porém, não realizou nem o núcleo do tipo de subtrair, nem tampouco a ofensa patrimonial.

Assim, parece claro que do ponto de vista objetivo, o que identifica a teoria objetivo--individual é o *significado* ou o *sentido* da ação, derivado do processo comunicativo em que ela se insere, transmitindo a ideia de um determinado *tipo de ação*.

Como já visto em inúmeras passagens deste livro,[37] uma ação ocorre em um contexto, em uma determinada dimensão de sentido que somente é apreendida corretamente, tomando--se em conta as circunstâncias em que ela se dá. Se o critério adequado para a identificação do ato de execução é a realização do plano do autor, posição que efetivamente parece a mais correta, esse plano do autor somente pode ser identificado através da transmissão de sentido da ação realizada por este.

Eventualmente, como é óbvio, pode não haver uma correspondência efetiva entre o que pensou o autor e a identificação que se faz do seu plano, mas isso não se deve a uma imprecisão dogmática, mas sim ao fato de que o direito não pode pretender a afirmação da verdade como correspondência.

Por outro lado, é induvidoso que a transmissão de sentido contém tanto uma dimensão subjetiva quanto objetiva. É inegável que as pretensões do sujeito se expressam em ação e interferem nela. Por outro lado, é igualmente certo que as pretensões que possa ter o agente somente ganham relevância jurídico penal quando expressas objetivamente através de alguma realização.

Daí que essa conjunção é que deve traduzir a dimensão de sentido que traduz o tipo de ação que possa ter sido tentado. Portanto, a teoria *objetivo-individual*, concebida a partir da ação como transmissão de sentido, é o critério que parece melhor delimitar o início da punibilidade do delito, sob forma de tentativa.

4 TIPICIDADE DA TENTATIVA

O tipo tentado, como tal, não existe, posto que não há tentativa em si, mas sempre tentativa de algo, o que obriga a conjugar o tipo da parte especial com um

elemento da parte geral, caracterizando a chamada *tipicidade indireta*. Trata-se, pois, de uma tipicidade derivada do tipo consumado que constitui “uma ampliação temporal da figura típica”.[38] A tentativa é um delito incompleto, para o qual falta o resultado. Assim, pode-se dizer que o tipo tentado sempre possui os seguintes elementos: (a) decisão de realizar o crime (incluindo dolo e eventuais outros elementos subjetivos do tipo de ação); (b) realização de atos de execução; (c) ausência do resultado por interferência de terceiro, contrária à vontade do autor.

Embora seja essa a ordem em que os fatos ocorrem na situação concreta, não pode ser essa a ordem de análise do delito e de suas formas de imputação. É claro que primeiramente existe a decisão de realizar o crime, para depois efetivamente passar-se à sua realização concreta, que resulta interrompida. Porém, é igualmente certo que o processo de imputação não tem início a partir das cogitações subjetivas do agente. O autor somente é responsabilizado uma vez que tenha realizado algo que, objetivamente, possa ser traduzido em uma tentativa.

Assim, conquanto seja claro que a projeção mental da pretensão delitiva precede sua realização, a fórmula de imputação inverte o processo e tem início na realização objetivamente obstada de um delito por parte de alguém, para, somente depois, resultar na identificação subjetiva – por um processo atributivo – das pretensões do agente.

É necessário verificar, então, como se comporta a tentativa em face das distintas modalidades de delito, seja comissivo ou omissivo, doloso ou imprudente.

4.1 Tentativa e conduta

Não há qualquer problema em afirmar a tentativa desde um ponto de vista comissivo.

Se o sujeito realiza todos os atos de execução, e o resultado, ainda assim, não sobrevém, em virtude de circunstâncias alheias à sua vontade, fala-se em *tentativa perfeita* ou *acabada*,[39] por exemplo, é tentativa perfeita de homicídio disparar contra alguém em região letal e, em virtude da prestação pronta de socorro a essa vítima, não sobrevir o resultado morte pretendido.

Caso os próprios atos de execução sejam interrompidos durante o seu curso, por circunstâncias alheias à vontade do agente, impedindo, com isso, a consumação, fala-se em *tentativa imperfeita* ou *inacabada*. Por exemplo, quando pretendendo matar seu desafeto, Otávio golpeia Sérgio com uma faca, contudo, Sérgio se defende do primeiro golpe com o braço, ali sofrendo o ferimento, e antes que Otávio possa vibrar novos golpes, terceiros se aproximam e o imobilizam, fazendo com que cesse a sucessão de golpes pretendida e iniciada.

A questão tormentosa diz respeito à tentativa nos casos de omissão. A doutrina não é unânime sobre o assunto. É possível a tentativa de omissão de socorro (omissão própria)? Ou a tentativa de homicídio do bebê que é deixado à míngua de alimentação pela mãe, com o propósito de que morra (omissão imprópria)? Há quem sustente a possibilidade de tentativa em crimes omissivos, ao menos sob a forma de omissão imprópria,[40] e há até mesmo quem os admita em omissão própria.[41]

Não parece ser essa a melhor solução. O entendimento que deve prevalecer é o da negação da possibilidade de tentativa omissiva.

A omissão própria logicamente não comporta tentativa[42] porque a tentativa seria sempre inidônea, pois, ao final, o sujeito termina atuando e, se é um crime de dano, o dano é evitado, se é crime de perigo, ou o perigo não ocorreu ainda e nada resta a ser punido, ou o perigo já ocorreu e o crime está consumado. Assim, a tentativa inidônea resulta sempre em crime impossível e, como tal, no Brasil,[43] é impune.

Ademais, é correto pensar que "a consumação é mais grave que a tentativa porque nela o desvalor do resultado não só é maior, mas às vezes, implica a lesão irreversível do bem jurídico, coisa que geralmente não se dá na tentativa".[44] Mas isso não significa que a fundamentação do tipo de delito tentado e do delito consumado deva ser distinta. Nesse sentido, Muñoz Conde, depois de reconhecer que o delito consumado costuma ser mais grave, afirma:

> "Mas isso não quer dizer que ambas as instituições sejam diferentes ou que o fundamento de sua punibilidade responda a princípios distintos, mas apenas que tanto em sua percepção social como jurídica, a consumação

> supõe sempre um plus de gravidade em face da tentativa, porque o desvalor do resultado daquela é sempre maior que desta, por mais que o desvalor da ação seja o mesmo."[45]

Trata-se, pois, simplesmente de distintos graus de desvaloração do resultado.

Claro está que o delito tentado aparece, em princípio, como incapaz da produção de um resultado ontológico que guarde correspondência com o intento. Ou seja, na tentativa, ainda que se produza algum resultado, não se produz, com certeza, o resultado pretendido pelo agente. A tentativa é justamente a não concreção do resultado delitivo pretendido a cujos efeitos se realiza a conduta. Mas, daí não deriva que não haja resultado delitivo na tentativa.

Aquele que busca o resultado de lesão a um bem jurídico pode obter, com a tentativa, o resultado de perigo. Ou, por outro lado, pode obter um resultado de lesão de outro bem jurídico que não corresponde à sua pretensão. Por exemplo, quem tenta matar pode tanto errar o tiro, como acertar, sem que este seja letal para a vítima.

O resultado, ao final, no delito tentado, sempre se produz.[46]

Sendo assim, os delitos omissivos próprios, porque são de mera conduta, não possuindo resultado naturalístico, não podem, logicamente, ser identificados do ponto de vista da tentativa.

A omissão imprópria tampouco coaduna-se com a hipótese de tentativa de delito.

A despeito de posicionamentos ferrenhamente defendidos, como o de Zaffaroni,[47] que justifica a punibilidade da tentativa omissiva imprópria em função da existência de perigo para o bem jurídico, parece insustentável a ideia. Senão vejamos.

O ilustre penalista argentino dá o exemplo do controlador de tráfego aéreo que bebe uma garrafa de uísque para ficar embriagado e sem condições de manipular os controles, com o objetivo de provocar uma catástrofe que, afinal, é evitada.[48]

A impossibilidade de sustentação de tal tese é evidente. Se um terceiro controlador de tráfego assumiu o comando derivado da omissão do outro – ambos garantes da evitação do resultado –, somente duas consequências poderão advir dessa substituição: ou nada acontece com o avião, ou algo acontece. Se nada acontece, não

há resultado, pelo que não pode haver qualquer classe de responsabilidade, pois na omissão imprópria, o réu está na posição de garante da não ocorrência do resultado. Se este não tem lugar, nada resta para punir. Se algo acontece, novamente são duas as possibilidades: ou acontece a queda do avião, e todos morrem, gerando responsabilidade delitiva por crime consumado de homicídio para o controlador, ou então a aeronave (e, de consequência, seus tripulantes e passageiros) fora exposta a perigo de queda, gerando igual responsabilidade para o controlador omisso, por crime de perigo (art. 132 do Código Penal) consumado.

Ou seja, não sobra nenhum espaço para a tentativa.

A razão dessa impossibilidade é que a omissão imprópria tem o problema de definição do começo da tentativa, ou seja, dos "atos de execução", porque estes não são precisos. Afinal, quando se pode falar em *início da execução*? Será o momento da criação do perigo? Nos crimes de perigo, então, já estaria o delito consumado! Será a perda da primeira possibilidade de atuar? Será a perda da última possibilidade de atuar? Essa dúvida insanável torna inadmissível a hipótese.[49]

Inclusive, visto de um ponto de vista da *lege lata*, no Direito penal brasileiro parece impossível tanto a tentativa em omissão própria quanto imprópria.[50] Isso porque a previsão legal do art. 14, II, do Código Penal é configurada precisamente para o tipo doloso de ação. Qualquer punição de omissão tentada feriria o princípio de legalidade. O Código fala em *início da execução* e, *executar*, presume um agir positivo. A omissão se estrutura sobre um dever de agir e, como tal, dificilmente se pode configurar como "execução". Afinal, quando é possível falar que está em curso a *execução* de uma omissão?

Em conclusão, pode-se afirmar com segurança a impossibilidade da tentativa omissiva.

4.2 Elemento subjetivo do ilícito tentado

Nem todas as vezes que alguém se propõe a realizar um delito, na prática, o delito se realiza. Nem todas as vezes que alguém pretende atuar de acordo com o direito o resultado de sua atuação pode ser considerado lícito. A essa falta de

correspondência entre intenção e realização se costuma denominar incongruência. Ao contrário, congruente é a ação que objetivamente produz o resultado pretendido.

Assim, é possível dizer que o delito doloso consumado é sempre congruente, pois o que se pretendia subjetivamente se obteve objetivamente. Por outro lado, quando o delito consumado é imprudente, ou seja, é produto de uma falta de dever de cuidado, é indubitável que, ainda que o tipo de ação esteja objetivamente completo, os elementos objetivos da pretensão de ilicitude estejam presentes, não está o elemento subjetivo correspondente.[51] Não significa que não há elemento subjetivo, simplesmente que o elemento subjetivo não se refere ao resultado consumado, mas a outro evento penalmente indiferente. A intenção não é lograr o resultado delitivo. Ocorre o que Hassemer qualifica de "tendência externa excedente".[52] É uma falta de cuidado e não una intenção o que tem relevância penal. Existe una falta de correspondência entre o elemento subjetivo e o objetivo, onde o elemento objetivo é completo e o subjetivo, incompleto.

Finalmente, no que se refere ao delito tentado, ocorre algo parecido, mas ao contrário. O que existe, de modo completo, é o elemento subjetivo da pretensão de ilicitude. O autor do delito tentado inclui em sua vontade o resultado, logo, a conduta que realiza tem o objetivo de alcançar certo resultado, que por razões alheias à sua vontade, não ocorre. O elemento objetivo do injusto não se completa. Isso não quer dizer que não exista elemento objetivo, mas simplesmente que o elemento objetivo não está completo ou não corresponde ao elemento subjetivo. Existe o que Hassemer denomina "tendência interna excedente".[53] Pode ser que não haja nenhum resultado natural. Ou seja, nenhum risco ou lesão de bens jurídicos e, no entanto, exista dimensão subjetiva de ilicitude. Aqui ou não existe delito, ou haverá, quando muito, uma tentativa inidônea de discutíveis efeitos penais, como veremos. Existe, outrossim, muitas vezes um elemento objetivo (resultado jurídico) que não alcança o elemento subjetivo e, por isso, aparece como um delito incongruente. Ou seja, o elemento subjetivo está completo, mas não corresponde ao elemento objetivo, que está incompleto.

A tentativa é um delito incongruente por excesso subjetivo. O agente quer mais

do que logrou realizar, de modo que a dimensão subjetiva do delito aparece maior que a objetiva.

Se todo o crime tem uma dimensão subjetiva e outra subjetiva, temos que o crime doloso consumado é congruente, porque o seu “lado objetivo” é equivalente ao “lado subjetivo”, ou seja, o sujeito realiza exatamente o que quis. Na tentativa, ao contrário, aparece uma incongruência, pois o “lado subjetivo” é maior do que o lado subjetivo. Daí afirmar-se que o crime tentado é incongruente por excesso subjetivo, ou seja, o sujeito quis mais do que logrou fazer.

Em sentido oposto, pode-se afirmar que o crime imprudente é incongruente por excesso objetivo, ou seja, o sujeito realiza mais do que quer. Daí resultar evidente, de entrada, que não pode subsistir tentativa de delito imprudente.

Em resumo, se o crime imprudente exige a presença do resultado e isso é precisamente o que não sobrevém no crime tentado, não pode haver tentativa imprudente.

Assim, a tentativa deve ser obrigatoriamente dolosa,[54] pois o sujeito deve pretender algo que não logra. Afinal, não é possível não ter a pretensão e tê-la, ao mesmo tempo.

Entretanto, isso não resolve toda a questão a respeito do elemento subjetivo do ilícito tentado. É que se sabe que a atribuição dolosa compreende o dolo direto de 1º e 2º graus) e o dolo eventual. Caberia, ainda, responder se é ou não sustentável o castigo da tentativa com dolo eventual.

Partindo da consideração de que o dolo eventual não é mais do que uma classe de dolo, que difere do dolo direto apenas em termos de intensidade, mas não de natureza,[55] cumpre admitir, em princípio, a compatibilidade entre tentativa e dolo eventual.

Essa é, seguramente, a posição dominante.[56] Desde 1836 essa opinião era manifestada por Zachariä, ao sustentar que “o delito tentado não precisava de um dolo “determinado”, mas bastava a concorrência de um dolo “indeterminado”, incluindo neste conceito tanto o dolo eventual como o dolo alternativo”.[57]

Por outro lado, há autores que mantêm opiniões contrárias a tal compatibilidade.

Os defensores desse posicionamento costumam partir da situação limite que tem o dolo eventual, próximo à imprudência, para demonstrar, em seguida, que a efeitos de tentativa, o dolo eventual se encontra mais próximo da impunidade que se concede à imprudência do que das classes de dolo direto.[58]

Há, finalmente, autores que sustentam a admissibilidade do dolo eventual como elemento subjetivo da tentativa, mas somente em alguns casos, especialmente relacionados à criação de uma impressão[59] ou à criação de um perigo.[60]

Merece destaque, entre estas opiniões a de Carmen Gómez Rivero,[61] para quem a incriminação da tentativa por dolo eventual seria possível desde que se constatasse a presença de um resultado típico intermediário de menor gravidade a respeito do que poderia evoluir a conduta.

Parece correta a ideia de que, em sendo o dolo eventual uma forma de dolo, haja previsão e pretensão de agir apesar da previsão, com possíveis distintos desdobramentos quanto a alcançar ou não o resultado pretendido. Assim, não parece haver qualquer impedimento ao reconhecimento da tentativa com dolo eventual.

Evidente, porém, que poderá acontecer a incompatibilidade quando o elemento de indeterminação do dolo, ou seja, a dúvida sobre a consumação ou não, recaia justamente sobre o núcleo do tipo. Isso porque não é possível aspirar a produção de um resultado que deriva de uma ação com cuja realização o autor não se importa. Ora, se o resultado pretendido depende da ação, jamais poderá haver indiferença em face de sua realização. É isso que faz com que se torne difícil imaginar o homicídio como exemplo de tentativa com dolo eventual. Essa possibilidade fica bem mais clara quando se parte de outro tipo penal, como pode ser, por exemplo, o estupro de vulnerável. O agente, na dúvida a respeito da idade da moça que o convida para a prática de relações sexuais no apartamento dela, decide que se ela for menor de 14 anos, não importa. Acaba indo para o apartamento dela, onde está prestes a iniciar a prática de atos libidinosos, sendo surpreendentemente impedido pela súbita chegada dos pais dela no local. O dolo eventual está mais do que evidenciado, pois o agente não se importa se o resultado vai ou não ser produzido. Em contrapartida, o resultado é impedido por circunstâncias alheias à vontade do agente, em situação tal em que já

estava em curso a realização do seu plano, afinal, ele já tinha logrado estar a sós com a moça.[62]

Parece, enfim, não haver inconveniente em admitir tentativa com dolo eventual.

Finalmente, ainda em termos do plano subjetivo, há outra questão: a da definição do dolo.

A realização plena de todos os elementos objetivos do tipo de ação presume a consumação do delito.[63] Claro está que a realização do resultado jurídico não se traduz necessariamente na realização de um resultado natural e, por isso, este último não é sempre exigível, como, por exemplo, no caso dos delitos de consumação antecipada.[64] A realização de parte desses elementos pode abrir caminho ao reconhecimento do delito tentado ou de um delito distinto daquele de que parte a análise. Por exemplo: a realização de lesões corporais tanto pode ser um delito de lesões como o intento de um homicídio.

A pretensão subjetiva de ilicitude é que irá identificar concretamente qual foi o ilícito cometido.

A solução remete à tese dos indicadores objetivos externos de Hassemer,[65] tal como aqui foi exposto no que tange à atribuição dolosa. É a transmissão de sentido que revela a circunstância de tentativa ou crime consumado. Os indicadores objetivos externos, as circunstâncias de que se reveste a realização da ação transmitem o sentido que permite identificar qual é a classe de compromisso para com a produção de resultado existente no caso concreto.

5 FUNDAMENTO DE PUNIBILIDADE DA TENTATIVA

A doutrina discute qual é o fundamento para a punibilidade da tentativa, dividindo-se em várias teses, cuja referência aqui será apenas resumida e agrupada, por razões didáticas.

A questão é de fundamental importância, afinal, se é admitido o avanço de barreiras de imputação que supõe a punibilidade da tentativa de delito, é preciso uma justificação concreta para esse proceder.

5.1 Teses objetivas

As teses chamadas objetivas fundamentam a punibilidade da tentativa no perigo para o bem jurídico, ou seja, justificam que se castigue o delito tentado em face do perigo que ele representa para o bem jurídico protegido.[66] Essa teoria obriga a uma diferenciação entre a pena da tentativa e do delito consumado, pois há uma clara graduação entre o dano e o perigo.

Feuerbach[67] foi o autor da primeira formulação, denominada *teoria antiga do perigo*, que afirmava que o fundamento de punibilidade do delito tentado reside na periculosidade objetiva da ação capaz de produzir um resultado delitivo. A proposta foi, a seguir, desenvolvida por Mittermaier,[68] quem reconheceu como periculosidade não apenas uma causalidade direta com o resultado delitivo, mas uma mera "potencialidade delitiva para causá-lo", ou seja, ser "objetivamente perigosa".

Em seguida, apareceu a chamada *moderna teoria do perigo*, na qual Von Liszt[69] apresentou uma proposta diferente de identificação da periculosidade objetiva, tendo em conta "as circunstâncias geralmente conhecíveis ou apenas conhecidas pelo autor no momento do ato de execução, ao qual deve remeter-se o julgador (apreciação *ex ante*)".

No Brasil, a teoria objetiva teve como um de seus grandes defensores Aníbal Bruno.[70]

Efetivamente, uma tentativa idônea de um crime de lesão corporal pode ser identificada como um perigo concreto.

Porém, as coisas não ficam claras quando se trata de um crime de perigo concreto, em que a tentativa se tornaria um perigo abstrato. Por exemplo, imagine-se que alguém resolva acender uma fogueira em um apartamento, visando provocar um incêndio, com a finalidade de expor a perigo todo o prédio e, após espargir combustível por toda a sala, seja impedido de riscar o fósforo por terceiro que o imobiliza. Note-se que o crime de incêndio, na forma prevista no Código Penal brasileiro (art. 250),[71] é um delito de perigo concreto, ou seja, não se consuma com a mera combustão, mas sim com a efetiva colocação em perigo da incolumidade alheia. Nesse caso, seria "possível" sustentar que o fundamento do castigo seria um perigo,

ainda que ele fosse um perigo abstrato?

Ademais, a doutrina aponta outros defeitos de ordem prática e teórica: com base no fundamento do perigo concreto é muito difícil estabelecer os limites entre tentativa idônea e inidônea; parece fundamentar o castigo em algo que poderia suceder e não em algo que efetivamente ocorre; a inidoneidade concreta de toda tentativa desde uma análise *ex post* afirma a impossibilidade de afirmação de um perigo concreto.[72]

5.2 Teses subjetivas

Há também as teses subjetivas, que buscam fundamentar a punibilidade da tentativa na vontade contrária ao direito revelada pelo agente que tenta realizar o delito.

Como oposição à primeira fórmula sistemática de organização do tema da tentativa, procedida por Feuerbach, alguns autores apresentaram uma fundamentação da punibilidade da tentativa totalmente subjetiva. Entre eles, destacou-se Tittmann,[73] seguido, entre outros, por Luden.[74]

Tittmann apresentou sua tese quase simultaneamente a Feuerbach, buscando como referência a redação da *Constitutio Criminalis Carolina*, de influência ainda importante na Alemanha de princípios do século XIX. Luden, por sua vez, foi c primeiro a afirmar que não havia razões para a distinção entre a tentativa idônea ou inidônea, já que nenhuma delas conduzia ao resultado. Todas as tentativas seriam sempre inidôneas.

Porém, a primeira grande evolução da teoria subjetiva costuma-se atribuir a Von Buri,[75] que a partir de 1862 apareceu com o desenvolvimento mais concreto da teoria subjetiva consolidada pela prática do Tribunal do Império do qual ele era membro.

Mezger[76] cita como marco histórico representativo dessa teoria a sentença de 24 de maio de 1880, que reconheceu punível uma tentativa de aborto onde o meio utilizado para sua realização era absolutamente inidôneo.

O problema dessa tese é que se o fundamento de punibilidade da tentativa é a simples vontade do sujeito, essa vontade resulta idêntica nos casos de consumação. Assim, seria perfeitamente possível, com base nesse fundamento, igualar a pena dos

crimes tentados e dos crimes consumados,[77] bem assim, a punibilidade da tentativa inidônea, que é vedada pelo Código Penal brasileiro, no seu art. 17.[78]

Ainda que ocorra a alguém resistir às razões técnicas e político-criminais para o afastamento da teoria subjetiva, a tese é inviável no Brasil, ao menos por razões legislativas, já que o Código Penal brasileiro estipula pena diminuída em hipóteses de crime tentado.[79] Quando pretende equiparação dos desvalores de ação entre a tentativa e o crime consumado, o Código o faz expressamente, como no caso do art. 352.[80]

5.3 Teorias subjetivo-objetivas

Pretende-se, segundo essas teses, justificar a punibilidade da tentativa em face da periculosidade manifestada pelo autor, ao expressar sua intenção.

Aqui, o problema parece ser a questão de manifestação de periculosidade, pois também se revela perigoso – no sentido do fundamento da tese aqui esposada – o autor de crime impossível, quando atua em erro, supondo falsamente que está a realizar um crime, ou seja, quando realiza um delito putativo derivado de erro. Por exemplo, o sujeito que dispara contra um cadáver, supondo erroneamente que o sujeito está vivo, não poderia ser punido por homicídio, por muito que sua vontade, expressada no ato, seja a de cometer tal crime.

Segundo a teoria subjetivo-objetiva, o fato do exemplo não seria um vilipêndio de cadáver, mas sim uma tentativa de homicídio, o que é absolutamente injusto.

5.4 Teoria da impressão

A teoria atualmente mais aceita[81] a respeito do fundamento da tentativa é a teoria da impressão, a qual justifica a punibilidade da tentativa em função da impressão provocada pela conduta do agente. Toda a conduta que produz na comunidade a impressão de uma agressão ao direito, prejudicando sua validade na consciência comunitária, é perigosa e, como tal, merecedora de castigo.

A fundação dessa teoria se costuma atribuir a Horn,[82] em 1900, a partir da sua exposição da relação existente entre o delito tentado e a quebra de confiança no

ordenamento jurídico.

Posteriormente, encontram-se novamente ecos dessa tese nos trabalhos de Von Bar, que, conquanto se decante por um fundamento subjetivo, chega também a utilizar o termo *impressão* para referir-se ao fundamento de punibilidade da tentativa.[83]

Trata-se de identificar uma alteração do sentimento de segurança produzido na sociedade pela conduta do autor.

O próprio Mezger,[84] ainda que afirmasse com todas as letras que adotava uma teoria objetiva, se decantava, de certo modo, pela teoria da impressão. O autor apresentava alguns traços da teoria da impressão, quando comentava em seu conceito nitidamente objetivo que "é pressuposto da pena que a tentativa seja perigosa em relação ao bem jurídico material de que se trata", acrescentando, porém, que "tendo em conta os fins de prevenção geral do Direito punitivo é suficiente que, pela *impressão* que o ato causa em outras pessoas, se produza uma comoção na segurança do bem jurídico".

Dos autores mais recentes a adotarem a teoria da impressão destaca-se Jescheck.[85] O autor revela sua preferência ao comentar os limites de castigo da tentativa inidônea, afirmando que "a velha discussão em torno da punição da tentativa inidônea se encontra hoje essencialmente resolvida no sentido de entender que também a tentativa inidônea é punível, sempre que não resulte completamente inadequada para menoscabar o sentimento de segurança da coletividade".

A vertente dessa teoria adotada por Jescheck é a que se pode qualificar de mais próxima das posições do funcionalismo sistêmico.

A interpretação que ele oferece para a teoria da impressão é que a vontade hostil do autor se manifesta sobre a comunidade menoscabando a confiança da coletividade na vigência do ordenamento jurídico.[86] Com isso, deixa claro que a punibilidade da tentativa se justifica, para ele, com base na estabilização da confiança na validade normativa.[87]

A primeira questão que se põe é que resta para a teoria da impressão a necessidade de fixar os termos em que se pode identificar a comoção social, necessária para a identificação da tentativa.[88]

Uma das fórmulas mais felizes e coerentes com a perspectiva normativa adotada é a de Schünemann,[89] ao propor que se avalie a comoção social a partir da ideia de que o sentimento de periculosidade não se restrinja à situação dada, mas que tenha potencialmente uma perspectiva de periculosidade geral em outra situação similar. Afirma Schünemann[90] que para que a tentativa inidônea seja identificada com a manifestação de um "desprezo aos valores juridicamente protegidos", não basta que na específica situação dada a conduta possa ser identificada "de antemão como perigosa", mas é necessário que também deva merecer tal qualificação quando ocorra sob outras circunstâncias semelhantes.

A teoria da impressão, porém, não fica isenta de crítica.

Ela tem raízes na crítica ao próprio modelo de sistema de imputação em que se insere, já que encontra sua referência em termos de teoria da pena no que é a prevenção geral positiva como proteção à estabilidade normativa.[91] Mas convém referir que Jakobs,[92] principal defensor desse modelo de sistema de imputação, rechaça a teoria da impressão taxando seu fundamento de "incorretamente formulado", já que considera que a sede do problema da tentativa não está na comoção psicossocial que gera, mas sim na "legitimidade da intervenção anterior à realização do tipo".

Por outro lado, se afirma em detrimento da teoria da impressão sua falta de segurança jurídica, em virtude de basear-se em termos tão vagos como "perigo ao ordenamento jurídico" ou "impressão da generalidade das pessoas".[93] A vagueza de tais termos[94] abre passo a valorações que dificultam a determinação do grau de abstração das ideias de "idoneidade" ou "periculosidade".

Afirma ainda Bacigalupo[95] que, por ser um critério normativo, a teoria da impressão não estabelece limites concretos entre a tentativa e os atos preparatórios.

Finalmente, e mais importante, a teoria da impressão se apresenta sempre em um marco de teoria da pena ajustado à prevenção geral positiva, pelo que exige uma postura no sentido de que o objetivo do Direito penal seja a preservação da estabilidade normativa, afastando-se da ideia de proteção seletiva de bens jurídicos e, em certa medida, com isso, aflige o princípio de intervenção mínima.[96]

Qualquer que seja o critério que fundamente a responsabilidade penal pelo intento delitivo, não poderá prescindir da referência à proteção seletiva de bens jurídicos.

5.5 Uma proposta de fundamentação significativa da tentativa de delito

Em coerência com o ponto de vista geral de orientação deste trabalho, sustenta-se que a melhor fórmula de fundamentação da tentativa de delito é baseada na filosofia da linguagem, na ideia de transmissão de sentido que deriva da realização do intento.

Alhures já se desenvolveu o tema monograficamente,[97] para onde, desde já, remete-se o leitor que deseja um aprofundamento teórico, porém, no que pertine aos fundamentos gerais da proposta, apropriado para a apresentação em sede de um livro de caráter geral, passa-se a expor as bases de tal fundamentação.

A primeira questão básica é admitir a pretensão de aproximação de pontos de vista objetivos e subjetivos na caracterização do fundamento. Não se pode abandonar a referência objetiva ao bem jurídico, sob pena de uma excessiva abstração; por outro lado, não se pode desprezar uma correspondência com a intenção subjetiva para desvalorar o intento delitivo, sob pena de despersonalização definitiva do Direito penal. Mas ao lado das concepções objetivas e subjetivas, de corte ontológico, é preciso ter em conta um aspecto axiológico que provém da expressão de um sentido social de realização de um tipo de ação. Esses três aspectos, ademais, devem ser congregados em um único plano de consideração.

Ou seja, o sentido social aqui apontado deve sempre estar associado a um sentido objetivo e outro subjetivo para configurar um processo de comunicação que transmita a ideia de tentativa. Na linha proposta por Habermas[98] para a identificação da ação comunicativa, se trata de ter em conta "um *meio lingu*ístico no qual se refletem *como tais* as relações do ator com o mundo". A identificação da tentativa depende de um processo de comunicação.

Entende-se a tentativa de delito como o intento comunicativamente relevante de realização de um tipo de ação doloso. A identificação do sentido de um tipo de ação

doloso já foi delineada no Capítulo 8 da presente obra. O dolo significativo se refere a um determinado tipo de ação cujo sentido de compromisso para com a produção de um resultado é expresso através de indicadores externos. A tentativa de delito, sempre dolosa, estará identificada a partir do reconhecimento de um tipo doloso de ação.

Por outro lado, a determinação da relevância comunicativa de uma ação fica condicionada ao alcance dos três aspectos abordados por Habermas: ela deve referir-se necessária e simultaneamente a algo no mundo objetivo, no mundo social e no mundo subjetivo.

O aspecto objetivo, como visto, não pode referir-se à quebra da norma porque esse argumento circular não pode se autojustificar. Assim, só resta como referência o perigo ao bem jurídico. Mas é preciso ter em conta que não é a determinação concreta de um perigo, mas o *sentido* de um perigo. A análise global das circunstâncias do fato deve transmitir ao intérprete a ideia de perigo.

O sentido do perigo e não o efetivo perigo é um dos pontos em que se fundamenta a tentativa. Isso se comprova a partir da inexistência de dúvidas de que determinadas tentativas inidôneas mereçam reprovação penal, como, por exemplo, o ato de ministrar veneno em doses insuficientes para provocar a morte.

Da mesma forma, o aspecto subjetivo deve corresponder ao desejo de realização do tipo a que se dirige a conduta, o que se demonstra, como visto, através do recurso a *indicadores externos de subjetividade*, capazes de demonstrar o *sentido* de uma intenção típica determinada.

Nesse sentido esclarece Hassemer[99] que "conceitos como intenção, dolo, voluntário, boa--fé etc." são *Dispositionsbegriffe*, e por isso dependem de uma imputação, não podendo ser definidos empiricamente. Portanto, não se trata de punir a intenção, mas o sentido de uma intenção, pois não é possível, por exemplo, aferir empiricamente uma *intenção de fraudar*, somente é possível imputar-se uma tal intenção.

Finalmente, a referência ao aspecto social não pode ser reduzida simplesmente a um descumprimento da norma, como parece querer a teoria da impressão, mas deve ultrapassá-lo para buscar um sentido social na ideia de *razoabilidade*. O sentido

social deve corresponder ao que Fletcher denomina “o razoável”, um conceito muito utilizado no *Common Law* para apreciar situações onde aparecem distintas perspectivas, muitas vezes antagônicas, a respeito de um mesmo fato. Trata-se da verificação do nível de aceitação social de uma conduta, de verificar, no fato concreto, se a reprovação social que se pretende aplicar é razoável dentro das circunstâncias dadas. O conceito “razoável” utilizado por Fletcher é resultado claro de uma verificação de até que ponto se pode compartilhar socialmente as pretensões de validade que expressa o agente com sua conduta, referindo-se não somente a norma posta, mas principalmente ao *sentido de relevância social* da própria conduta.

Os sentidos do perigo, da intenção e de relevância social compõem um processo de comunicação da conduta realizada pelo sujeito, o que pode ser identificado a partir de una análise global das circunstâncias em que se desenvolve o fato.

Ou seja, somente é possível admitir-se a punibilidade da tentativa na medida em que a conduta transmita esse tríplice sentido.

6 TENTATIVA INIDÔNEA

No nosso direito, a tentativa inidônea não é punida e é tratada como delito impossível.[100]

Diz-se impossível o crime se, em sua realização, o sujeito empregou meio absolutamente ineficaz à consecução do resultado (por exemplo, tentar matar alguém mediante conjuros) ou atacou objeto absolutamente impróprio para a realização pretendida (por exemplo, tentar matar alguém que já está morto).

A ineficácia ou impropriedade deve ser absoluta para afastar a responsabilidade. Se relativa, a responsabilidade se mantém íntegra. O problema passa a ser, então, discernir quando estamos diante de uma impropriedade ou inidoneidade absoluta e quando ela é apenas relativa.

De modo geral, diz-se que será absolutamente inidôneo o meio que jamais seria capaz de produzir o resultado, enquanto que aquele que apenas na ocasião concreta não produziu o resultado, mas que, de modo geral, seria apto para produzi-lo, é apenas relativamente inidôneo.

Esse comentário, porém, pouco esclarece a respeito do problema, que se mostra bem mais complexo. É fácil perceber a dimensão da dificuldade de delimitação entre idoneidade absoluta ou relativa, com um exemplo: Se eu afirmo que A dispara em direção ao peito de B, com um revólver calibre 22, à distância de cinco metros, posso concluir por uma tentativa idônea de homicídio. Porém, se eu afirmo que B está vestindo um colete a prova de balas, diria que é inidônea. Ainda, se afirmo mais, que a bala do revólver contém mercúrio, para provocar uma explosão ao atingir o alvo, concluo que é idônea a tentativa. Entretanto, se adiciono o dado de que o revólver possui um defeito no cão e não percute espoleta alguma, concluo ser tentativa inidônea. Finalmente, se incluo o dado de que A sabe que B é cardíaco, parece ser a tentativa idônea.

A questão fundamental é saber se levamos em conta a perspectiva do autor ou do fato concreto.

De um ponto de vista *ex post*, exclusivamente objetivo, todas as tentativas seriam sempre inidôneas, já que, ao proceder o agente nas exatas circunstâncias em que procedeu, nenhum resultado jamais se realizaria.

Desde um ponto de vista *ex ante*, tomada a perspectiva do autor, todas as tentativas seriam idôneas, pois, de não ser assim, ele não teria empregado o meio que empregou para lograr o resultado.

Assim, tem lugar aqui a necessidade de firmar critérios.

A mais aceita pela doutrina parece ser a proposta de Von Liszt[101] da *prognose póstuma subjetiva*, que consiste em situar um observador objetivo (o juiz) no lugar do autor, nas circunstâncias do fato, de posse dos conhecimentos especiais das circunstâncias que eventualmente dispunha o autor, e verificar se seria razoável supor a ocorrência do resultado de perigo concreto por aquela via de intento.

Com base no fundamento proposto para a punibilidade da tentativa neste trabalho e também em outro lugar,[102] defende-se a ideia de que efetivamente é preciso realizar uma verificação na linha do proposto por Von Liszt, como prognose póstuma subjetiva para a identificação da tentativa inidônea. Porém, ao fazê-lo, não basta a identificação de «se seria razoável supor a ocorrência do resultado de perigo

concreto», justamente porque o fundamento aqui adotado para a punibilidade da tentativa não é o perigo concreto, mas o tríplice sentido: de um perigo, de uma intenção e de relevância social.

Ausente qualquer deles, a tentativa será inidônea e essa idoneidade se captura a partir de um processo de comunicação de sentido das circunstâncias. Esclareça-se com um breve exemplo:

Não é punível a tentativa (porque considerada inidônea) daquele que busca matar seu inimigo através de um vodu, não porque seja irreal, mas porque não tem sentido de relevância social. Tampouco pode ser considerada tentativa idônea de homicídio ligar um rádio a todo volume para despertar alguém com um susto, não porque o sujeito não quer a morte daquele que desperta, mas porque as circunstâncias não se apresentam como próprias a determinar o sentido de uma intenção homicida. E, finalmente, não se pode castigar o intento inidôneo de envenenar alguém adicionando açúcar em seu café não porque não seja perigoso, mas porque as circunstâncias não comunicam o sentido de um perigo.

Porém, todos esses casos, mediante uma pequena mudança de circunstâncias, poderiam passar a ter o triplo sentido exigido e converter-se em fatos puníveis. Ou seja, que o vodu ou o aumento de volume inesperado de um rádio possam ser realizados para provocar uma crise cardíaca em uma pessoa medrosa e gravemente doente do coração; ou que o açúcar seja ministrado ao café de alguém que padece de um quadro grave de diabetes, provocando uma crise hiperglicêmica. Isso revela que a punibilidade de um intento está associada a uma pretensão de relevância produto de um processo de compreensão de um sentido e não de descrição de uma realidade.

7 DESISTÊNCIA DA TENTATIVA

O autor que desiste da prática delitiva cujo intento havia iniciado tem tratamento jurídico diverso daquele que leva a cabo o seu plano.

Os fundamentos da existência dessa benesse são disputados por diferentes perspectivas. Von Liszt[103] definia a desistência voluntária como uma *ponte de ouro* construída pelo legislador, para favorecer e estimular o autor a desistir da produção

do resultado, pelo que o fundamento do prêmio da desistência residiria em considerações político criminais; já Welzel,[104] bem como Jescheck e Weigand,[105] mais céticos a respeito das possibilidades efetivas de dissuasão por essa via, entenderam ser ela simplesmente a concessão de uma *graça* ao autor que efetivamente desistia, para diferenciá-lo daqueles que levam a cabo seu intento, minimizando os riscos ao bem jurídico. Uma outra razão é apontada por Kühl,[106] quem afirma que em face de autores que desistem de uma prática delitiva, não há fundamento de prevenção geral ou especial que justifique a aplicação da pena.

Independentemente de qual seja o fundamento, o fato é que a perspectiva é adotada expressamente pelo art. 15 do Código Penal brasileiro,[107] o qual regula as hipóteses de desistência da tentativa e suas consequências.

A regra geral é que em todos os casos em que se iniciou uma tentativa de delito, caso o sujeito desista de produzir o resultado, responderá pelos atos já praticados.

Se o desenrolar do procedimento típico é interrompido pela vontade do agente, poderá haver *arrependimento eficaz* ou *desistência voluntária*.

Quanto à natureza jurídica, ambos são considerados, por parte da doutrina majoritária, causas de exclusão de punibilidade.[108] Porém, há respeitável tendência doutrinária a considerá-las causas de atipicidade da conduta, pois alteram ou eliminam completamente o tipo penal iniciado.[109]

Caso fosse uma simples mudança de perspectiva subjetiva, seria possível discutir a questão da exclusão do dolo, com afetação, na fórmula adotada por este trabalho, da pretensão subjetiva de ilicitude.

No entanto, somente tem lugar a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz com a realização de algo no plano objetivo, quer seja a cessação de uma agressão iniciada, no caso da desistência voluntária, convertendo o sentido do tipo de ação em uma outra coisa, que pode ou não constituir um tipo de ação, quer seja a ativação de contrafatores à produção do resultado, ou seja, realização de uma conduta própria à evitação da superveniência do resultado desvalioso, como ocorre no arrependimento eficaz.

Em ambos os casos, se algum resultado delitivo se produz ou já se produziu, a

responsabilidade penal o alcança naquela exata medida. Caso o resultado remanescente seja diverso de qualquer tipo de ação, o fato resulta impune.

7.1 Desistência voluntária

Chama-se desistência voluntária às situações em que iniciada a execução, o agente não a leva adiante, desistindo da realização típica.

Discute-se a questão de se a desistência deve ser definitiva,[110] ou seja, sem planos de retomada posterior, ou apenas concreta,[111] no sentido de efetivamente, naquele contexto, não pretender mais a realização do resultado. Parece correto exigir a desistência apenas contextualmente porque uma desistência definitiva implica num exercício de adivinhação futura absolutamente irrealizável.

Por outro lado, também se coloca a questão de se há exigência que a desistência seja espontânea, no sentido de ter sido determinada pela vontade do autor, ou basta que seja voluntária, ou seja, aquela ocorrida sem coação moral ou física, ainda que tenha partido de ideia ou atitude alheia. Bitencourt[112] é partidário de que a exigência se restrinja a ser a desistência voluntária, sem necessidade de ser espontânea.

Parece que a melhor solução, no entanto, não é dividir entre aquela que foi motivada por terceiro ou endogenamente pelo sujeito.[113] Os melhores critérios parecem ser os referidos ao incremento do aparato persecutório ou à impossibilidade de realização, tal como propõe Muñoz Conde.[114]

Segundo esse entendimento, a desistência voluntária não pode ser reconhecida quando houve uma interferência externa na vontade do sujeito, que impediu a consumação, pois não se modificou a sua pretensão, ela apenas não pôde ser realizada. Ou seja, a desistência voluntária depende de motivação autônoma e não heterônoma.

Assim, não se reconhece a desistência voluntária se motivada pela percepção de uma especial ação do aparato de persecução, como por exemplo, no caso do estelionatário que combina com a vítima, para o dia seguinte, a entrega mediante pagamento de títulos falsificados, cuja compra foi ajustada em todos os seus detalhes e, quando a caminho da entrega, percebe policiais rondando as cercanias do local e

desiste. Tampouco se reconhece a desistência voluntária quando o sujeito não prossegue na execução pelo convencimento da impossibilidade de alcançar a consumação, como no caso do estuprador que amarra e despe a vítima, mas ao pretender iniciar o ato sexual, não consegue uma ereção.

7.2 Arrependimento eficaz

No arrependimento eficaz, já foram esgotados os atos de execução, porém, o agente atua novamente para impedir que o resultado ocorra.

É o caso, por exemplo, do filho que, para matar o pai e ficar com a herança, coloca veneno em sua comida e, após o pai fazer a refeição, ministra o antídoto no seu café, evitando a morte.[115]

É necessário que o arrependimento seja eficaz, ou seja, que evite o resultado. Se, após o arrependimento, o sujeito atua positivamente, mas sem sucesso para impedir o resultado, responderá por ele.

Não deixa de ser curiosa a solução do Código Penal brasileiro, porque, em sendo finalista, o novo propósito do agente deveria ser relevante para a afirmação do crime, como é em outros casos.[116]

7.2.1 A necessidade de eficácia do arrependimento do partícipe

Também resulta interessante a situação do arrependimento em face do partícipe. Eventualmente, pode ser que o indutor ou instigador se arrependa e desista da prática delitiva, porém, para evitar eficazmente a produção do resultado, deve impedir o autor de promover a realização para a qual foi induzido.

A acessoriedade da participação, no entanto, faz com que o partícipe somente deixe de responder pelo resultado se sua nova atuação para demover o autor da prática do crime produz efetivo resultado de evitação. Se, ao contrário, o desistente não logra dissuasão do autor, responderá ele também pelo resultado, a despeito do seu câmbio de orientação subjetiva.

Se, porém, em função dos esforços do partícipe arrependido, se logra perpetrar o plano adredemente firmado e o autor tem que alterar a realização do delito (por

exemplo, em outro momento, ou sobre objeto distinto etc.), entende-se que houve uma nova conduta, imputável somente ao autor. Por exemplo, se o indutor que indicou uma casa vazia e convenceu o autor a furtá-la, no horário aprazado para o furto, chama a polícia para o local, e o autor, já convencido das benesses do crime, furta outra casa na quadra seguinte, ou posterga o furto para outro momento. É o que Jescheck chama de *excesso do autor*.[117]

Se o delito não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do autor, para que haja isenção da responsabilidade por tentativa é preciso que o partícipe logre retirar todo o suporte que forneceu ao autor e consiga demonstrar sério empenho em opor-se à prática do crime.[118]

7.3 Arrependimento posterior

O Código Penal brasileiro trata ainda da figura do arrependimento posterior, no art. 16.[119]

Nesse caso, não há qualquer alteração da imputação. No arrependimento posterior o fato está consumado, ou seja, o arrependimento do autor é demasiado tardio para evitar a produção do resultado e, portanto, não afasta a responsabilidade. Não obstante, o intuito de minimizar as consequências do delito gera uma causa geral obrigatória de diminuição de pena.

O agente terá sua pena diminuída sempre que, consumado o crime, concorram os seguintes requisitos: (a) o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça a pessoa; (b) tenha havido reparação do dano à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; e (c) tenha sido efetuada a reparação até o recebimento da denúncia ou da queixa.

Observa-se que a reparação do dano à vítima deve ser completa, excetuando qualquer hipótese de ressarcimento apenas parcial; deve ser pessoal, pois não pode ser realizada por terceiro em benefício do autor; e deve ser voluntária, o que significa não ter sido objeto, por exemplo, de uma ação indenizatória.

1 As informações constam de Cláudio Brandão. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008. p. 256-257.

2 BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do Sistema Penal brasileiro I*. Rio de Janeir Freitas Bastos Editora, 2000. p. 210.

3 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. P General*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 550.

4 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 550.

5 BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas*... cit., p. 210.

6 Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 257.

7 Segundo Cláudio Brandão (BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 257), foi somen com este Código que foi firmado o modelo que temos hoje, inclusive estabelecendo o início da punibilidade a partir dos atos de execução.

8 Algum autor refere o exaurimento como *consumação material,* utilizando a expressão *consumação formal* para a consumação propriamente dita. Assim: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 394. A distinção afeta a concepção do auto sobre a participação, por exemplo, no caso da extorsão mediante sequestro, onde o autor referido considera partícipe quem recebe a vantagem exigida em favor do autor, bem como a contagem de prazo prescricional. Não parece ser a posição mais correta, especialmente diante das consequências do exaurimento, por exemplo, do furto. Não parece razoável que aquele que auxilia na venda do objeto furtado responda por furto e nem que a prescrição do furto inicie sua contagem quando o autor do furto converteu o objeto furtado em dinheiro! Aliás, em desacordo com essa postura, e oferecendo justamente o exemplo da extorsão mediante sequestro para afirmar o exaurimento: BITENCOURT, Cezar Robert *Tratado de Direito penal. Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 399. Aparentemente, Cirino, que cita Hans-Heinrich Jescheck e Thoma Weigand. *Tratado*... cit., p. 557, incorreu no equívoco por utilizar o exemplo oferecido pelo autor alemão, referente à extorsão, já que esse mesmo crime, no Código Penal alemão (§ 253), exige a aflição patrimonial efetiva, coisa que não é exigida pelo tipo penal brasileiro. Assim, a referência ao autor estrangeiro torna-se imprestável na espécie.

9 Art. 14. Diz-se o crime: I – consumado, quando nele se reúnem todos os element

sua definição legal; II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

10 Assim: GARÓFALO, Raffaele. *La Criminología.* Trad. de Pedro Dorado Monter Montevideo--Buenos Aires: BdeF, 2005. p. 270.

11 Defendendo essa posição, menciona-se: GÓMEZ, Eusebio.*Tratado de Derecho penal.* Buenos Aires: Compañia Argentina de Editores, 1939. t. I, p. 464.

12 Sobre o tema, veja-se: VIEHWEG, Theodor.*Tópica y Jurisprudencia.* Trad. de Luis Diez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964.

13 Veja-se, como exemplo, a tratativa que dá Claus Roxin ao tema da imputação objetiva. *Derecho Penal. Parte General.* Trad. de Diego-Manuel Luzón-Peña Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas 1997. t. I, p. 342 ss.

14 Essa teoria foi sustentada, por exemplo, por Maximilian von Buri. Zur Lehre vom Versuche*, Der Gerichtsaal*, nº 19. Erlander: Ferdinand Enfe, 1867. p. 60.

15 WELZEL, Hans.*Derecho penal alemán.* 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 221.

16 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 552.

17 A informação aparece em Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigand. *Tratado*... cit., p. 557; ZAFFARO-NI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique.*Da tentativa.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 46.

18 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 387.

19 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*... ci p. 48.

20 HIPPEL, Robert von.*Deutsches Strafrecht. Zweiter Band: das Verbrechen*: Allgemeine Lehre. Berlin: Springer, 1930. p. 398.

21 Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 260. Adotava essa teoria BRUNO, Aníl *Direito Penal. Parte Geral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. II, p. 234 também, com matizações, modernamente: BI-TENCOURT, Cezar Roberto *Tratado*... cit., p. 403.

22 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 388.

23 Nesse sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique.*Da tentativa*... cit., p. 50.

24 FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*. 18. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931. p. 87.

25 Veja-se comentário em: ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte General.* 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 826.

26 MAYER, Max Ernst. *Derecho penal. Parte General.* Trad. de Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires--Montevideo: BdeF, 2007. p. 427 ss.

27 Cf. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*... cit., p. 428.

28 Cf. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*... cit., p. 428.

29 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 224.

30 O exemplo aparece em Hans Welzel. *Derecho penal alemán*... cit., p. 225.

31 Novamente se comprova aqui o acerto do desenvolvimento das teses de Welzel por Flecher, que foi quem se deu conta de que não é a finalidade em si o que importa, mas sim como se faz para perceber a existência de uma finalidade. FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos de Derecho penal.* Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 92.

32 São favoráveis a esse ponto de vista: WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 224 ss; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 827 ss; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 553; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General.* 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 418; WES-SELS, Johannes. *Derecho penal. Parte General.* Trad. de Conrado Finzi, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 175; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General. 2.* Trad. de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 31.

33 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*...*cit.*, p. 224.

34 Subscrevendo esse ponto de vista, por exemplo: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 558; ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro. Parte Geral.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 603.

35 Nesse sentido, por exemplo: VOGLER, Theo. Der beginn des Versuchs, *Beitrage*

zur Rechtswissenschaft. Festschrift für . W. Stree und J. Wessels zum 70. Ed.: Geburtstag W. Küper e J. Welp. Heidelberg: C. F. Muller, 1993. p. 285.

36 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...* cit., p. 391-392.

37 Veja-se, em especial, o Capítulo 5, sobre o modelo dogmático significativo.

38 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* cit., p. 403.

39 O direito português denomina a tentativa perfeita *frustração,* reservando o termo *tentativa* apenas para a tentativa imperfeita.

40 Assim, por exemplo: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Merced *Derecho penal ...* cit., p. 427; e WESSELS, Johannes *Derecho penal...* cit., p. 223-224.

41 Assim refere Reinhard Maurach, Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf. *Derecho penal* cit., p. 42, ao referirem que "os delitos omissivos podem passar pelos mesmos estágios que os delitos de comissão".

42 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos *Direito penal...* cit., p. 395; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* cit., p. 407.

43 Trata-se do art. 17 do Código Penal: Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

44 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal...* cit., 427.

45 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal...* cit., 428.

46 Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* cit., p. 325-326.

47 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique *Manual de Direito penal brasileiro...* cit., p. 604. Também admitindo, sob o argumento de que se trata de crimes de resultado: BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado...* cit., p. 407.

48 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique *Manual de Direito penal brasileiro...* cit., p. 604.

49 Para comentários sobre a doutrina alemã que adota uma ou outra solução, em flagrante divergência, ver Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal...* cit., p. 395.

50 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...* cit., p. 395.

51 A respeito da incongruência do delito imprudente, veja: MAURACH, Reinhard *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel 1962. v. II, p. 217 ss.

52 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 231.

53 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos*... cit., p. 232.

54 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 386; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 406.

55 Veja-se, a respeito, o Capítulo 8 deste livro.

56 Nesse sentido: FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. Barcelona: Libre Bosch, 1986. p. 78. No Brasil, veja-se MACHADO, Fábio Guedes de Paula. " tentativa no dolo eventual". *Direito penal na pós-modernidade. Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. Renato de Mello Jorge Silveira Alamiro Velludo Salvador Netto e Luciano Anderson de Souza (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. especialmente pp. 194-196.

57 ZACHARIÄ, Heinrich Albert. *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*. Götting Dietrich, 1836. Na sequência, vários outros autores aceitaram também a ideia de tentativa com dolo eventual. Entre eles: MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. 3. ed. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. t. II, p. 232-233; JESCHECK, Hans-Heinric WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 554.

58 Nesse sentido: LUDEN, Heinrich. *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*. Göttingen: Vandenhoeck, 1836. t. I, p. 260; STOOβ, Carl. Dolus eventualis und Gefährdung. *Zeitschrift fur die gesamte strafrechtswissenschaft*, nº 15, Berlin: Walter de Gruyter, 1895. p. 200. Mais modernamente, em interessante compilação das posições sobre o tema: COSTA, José de Faria *Tentativa e dolo eventual*. Coimbra: Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Douto Eduardo Correia, 1995.

59 SALM, Karl. *Das versuchte Verbrechen*: Studiem zum Rechtsguts-und Verbrechensbegriff. Karlsruhe: C. F. Müller, 1957. t. I, p. 29.

60 SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. ed. Tübingen: J. C B. Mohr, 1984. p. 179.

61 Para detalhes a respeito da opinião da autora veja-se GOMEZ RIVERO, María d Carmen. “Tentativa y dolo eventual: Bases para su Convivencia” *in Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, jul. de. 2015. Curitiba: FAE-Centro Universitário, 2015, p. 65-110.

62 O exemplo já aparecia antes em ENGISCH, Karl *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht.* Aalen: Scientia, 1964, reimpressão de Berlin, 1930, p. 188.

63 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal...* cit., 426.

64 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General.* 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 426.

65 Veja-se o que foi trabalhado no Capítulo 8 deste livro.

66 Segundo Cláudio Brandão, essa é a tese adotada pelo direito positivo brasileiro BRANDÃO, Cláudio. *Curso...* cit., p. 263.

67 FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von *Tratado de Derecho penal.* Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p 75: “Uma ação externa intencionalmente dirigida à realização de um crime (crime consumado, *conatus delinquendi*, em sentido amplo) já constitui por si mesma uma infração, e será castigada sendo objetivamente perigosa: (a) Quando a consumação se interrompa unicamente por impedimentos externos e não por livre mutação da vontade; (b) Quando a ação mesma, segundo sua característica externa (mediata ou imediata, menor ou maior), se encontre em conexão causal com o crime projetado”.

68 MITTERMAIER, Carl-Joseph Anton. Beiträge zur Lehre vom Versuche d Verbrechen. *Neues Archiv des Criminalrechts*, II. Halle: Hemmerbe und Schwetschte, 1816, p. 170 ss. Uma proposta muito próxima à de Mitttermaier aparece em Detlev Chr Dicke. Zur Problematik des untauglishen Versuchs *Juristische Schulung*: Zeitschrift fur Studium und praktische Ausbildung. München: C. H. Beck, 1968. p. 160.

69 LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho penal.* 4. ed. Trad. de Luis Jiménez de As Madrid: Reus, 1999. t. III, p. 17.

70 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal...* cit., p. 244.

71 Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o

patrimônio de outrem.

72 As críticas aparecem detalhadamente em Elena Farré Trepat. *La tentativa...* cit., 297-299.

73 TITTMANN, Karl August *Handbuch des Straferechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetz.* 2. ed. Halle: Hemmerde u. Schwetschke, 1822. t. I, p 190-192.

74 LUDEN, Heinrich. *Abhandlungen...* cit., p. 475.

75 A respecto de dicha teoría, ver Maximilian von Buri. Uber den Begriff der Gefah und seine Anwendung auf der Versuch. *Der Gerichtssaal*, 40. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1888. p. 503 ss.

76 MEZGER, Edmund. *Tratado...* cit., p. 247.

77 Essa era uma antiga aspiração dos positivistas, conforme revela Garófalo, ao sustentar que "quiçá não haja melhor Código Penal que o da França, onde toda tentativa de delito seja considerada como o próprio delito (art. 2º)". O autor reconhecia a existência, já à época, de veementes críticas ao dispositivo, pois reconhecia que "esta disposição foi fortemente criticada por quase todos os tratadistas teóricos", porém, defendia veementemente que "a tentativa de delito deve ser considerada como o próprio delito, quando o perigo que emana de uma e de outra seja idêntico". GARÓFALO, Raffaele *La Criminología...* cit., p. 270 e 272.

78 Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

79 Art. 14. [...] Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

80 Art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medid de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena – detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

81 Trata-se da tese dominante no direito europeu, especialmente no direito alemão. (FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa...* cit., p. 25. No mesmo sentido anota Cláudio Brandão. *Curso...* cit., p. 263. Para referências do Direito alemão sobre essa teoria, veja-se MAURACH, Reinhard; GÖSSEL, Karl Heinz e ZIPF, Hei *Derecho penal...* cit., p. 28-29.

82 É Elena Farré Trepat (FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa...cit.*, 1986, p. 330)

quem aponta Horn como o precursor da tese, em seu trabalho publicado no *ZStW* nº 20, no ano de 1900, onde teria referido que: “resta bem patente a impressão direta que o fato produz, inclusive em seu fracasso; impressão de intranquilidade que conduz à reflexão: a ação poderia ter êxito... esta impressão, que se arrasta ainda quando tudo tenha corrido bem... se encontra em consideração incômoda, intranquilizadora e angustiosa para a paz jurídica e o sentimento de segurança jurídica, que constitui o pensar: o fato poderia conduzir ao resultado... Este fato pode comover a confiança no ordenamento jurídico..., portanto, deve ser tratado igual ao dano causado pelo delito consumado, e ser colocado em um tipo independente e sob uma pena especial”. Alcácer Guirao (ALCÁCER GUIRAO Rafael. *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto.* Granada: Comares, 2000. p. 247-248, texto y nota 832), porém refere que “como iniciadores desta teoria […] se costuma citar Horn e v.Bar”, mas comenta que é possível encontrar posições doutrinárias anteriores que já refletem pontos de tal teoria, como o comentário que faz Zaczyk em sua obra *Der versuchen Tat*, p. 23, nota 20, no sentido de que a teoria da impressão já se encontrava no trabalho de Bünger, ZStW 6 (1886), p. 291 ss.

83 “Este amplo significado independente da impressão do fato […] não é ressaltado suficientemente nem desde a teoria da retribuição nem desde a ideia da pena de proteção ou prevenção especial, nem tampouco desde a teoria da intimidação.” BAR, Carl Ludwig von.*Gesetz und Schuld im Strafrecht.* 1ª reimp. de Keip Goldbach. Berlin: J. Guttentag, 1997. p. 570.

84 MEZGER, Edmund. *Tratado…cit.*, p. 262.

85 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 569.

86 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 570.

87 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 570.

88 Alcácer Guirao (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La tentativa inidónea*... cit., p. 25 257) refere que “a maioria dos autores que subscrevem esta teoria se limitam a expor sua enunciação genérica, sem adentrar em um desenvolvimento ulterior. Não obstante, surgiram nos últimos anos algumas propostas doutrinárias orientadas a este propósito”. Dentre elas, inclusive, algumas que padecem de problemas já velhos conhecidos da teoria do delito, como a tese de, Stylianos Papageorgiou-Gonatas. *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*: Zugleich eine theoretische

Auseinandersetzung mit dem Strafgrund des Versuchs. München: VVF, 1988, c qual se vale do juízo do fato tomado pelo "homem medio". E outras, como a de Burkhard Niepoth. *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*. Frankfurt am Main-New York: P. Lang, 1994. p. 91-92, que parece oferecer mais dificuldades que esclarecimentos na medida em que tenta congregar conhecimento ontológico, conhecimento nomológico e juízo normativo.

89 SCHÜNEMANN, Bernd. Die deutschprachige Strafrechtswissenschaft nach de Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars (2ª parte), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg: R. V. Decker's 1986. p. 293 ss.

90 SCHÜNEMANN, Bernd. Die deutschprachige Strafrechtswissenschaft... cit., p. 2 ss.

91 Cf. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*. Granada: Comares, 2003. p. 75.

92 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 863.

93 Así FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa*... cit., p. 332-333.

94 Nesse sentido: NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado*. Madrid: Colex, 2003. p. 28; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *La tentativa*... cit., p. 78.

95 BACIGALUPO, Enrique. *Principios del Derecho penal*. 5. ed. Madrid: Akal, 19 p. 338.

96 A crítica é de Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Manual de Direito penal brasileiro*... cit., p. 599; também está em Eugenio Raúl Zaffaroni e José Enrique Pierangeli. *Da tentativa*... cit., p. 33.

97 Veja-se: BUSATO, Paulo César. *La tentativa del delito. Analisis a partir del concepto significativo de acción*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 293 ss.

98 HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. de Manuel Jimén Redondo. Madrid: Taurus, 1987. v. I, p. 136.

99 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos*... cit., p. 227.

100 Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por

absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

101 Veja-se: LISZT, Franz Von. *Tratado*... cit., p. 17.

102 BUSATO, Paulo César. *La tentativa*... cit., p. 385 ss.

103 LISZT, Franz Von. *Tratado*... cit., p. 20. Nesse sentido também a opinião de Ceza Roberto Bitencourt. *Tratado*... cit., p. 408; FRAGOSO, Heleno Cláudio *Lições de Direito penal. Parte geral*. 15. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 245.

104 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán…cit.*, p. 231.

105 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado…cit.*, p. 579.

106 Assim, por exemplo: KÜHL, Kristian. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6. ed. München: Franz Vahlen, 2008. p. 517.

107 Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

108 Nesse sentido o comentário de Reinhard Maurach, Karl Heinz Gössel e Heinz Zip *Derecho penal*... cit., p. 111. Também: HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I, t. 2º, p 90.

109 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 265; SANTOS, Juarez Cirin dos. *Direito Penal*... cit., p. 408; BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado*... cit., p. 409.

110 Em defesa desse posicionamento: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAN Thomas. *Tratado*... cit., p. 584; WELZEL, Hans *Derecho penal alemán*... cit., p. 234.

111 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos *Direito Penal*... cit., p. 405; KÜHL Kristian. *Strafrecht*… cit., p. 533.

112 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 408.

113 FRAGOSO, Heleno Cláudio *Lições*... cit., p. 245, por exemplo, propõe que a desistência só seja válida se determinada por motivos autônomos e não heterônomos.

114 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*... cit., 422-424.

115 O exemplo é de Cláudio Brandão. *Curso*... cit., p. 265.

116 Veja-se, por exemplo, o art. 29, § 2º.

117 Nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., 591.

118 Nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., 591.

119 Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Capítulo 14

OS SUJEITOS DO DELITO – AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

INTRODUÇÃO

O delito é um fato social que tem lugar em uma relação interpessoal, conduzindo à necessidade de conhecer os atores que dele fazem parte. O conhecimento dos sujeitos ativo e passivo do delito é um elemento fundamental em sua delimitação.

Mais importância tem ainda a questão de concorrência de pessoas na prática delitiva, ou seja, no plano do que é o sujeito ativo do delito. Este tema é tratado no plano do que usualmente se denomina *concurso de pessoas*, como se verá adiante.

O tema do concurso de pessoas integra a teoria do crime. Ainda que seja usual situar o concurso de pessoas no final da apresentação da estrutura da teoria do delito, isso se dá não por uma redução de importância do tema, mas sim por uma questão didática, já que o conhecimento de todos os elementos do crime resulta importante para a exploração dos critérios de unidade concursal. Isso não torna o ponto menor ou menos importante e o desenvolvimento teórico nesta área mostra bem isso.

1 SUJEITO ATIVO

O enunciado do tipo – pretensão conceitual de relevância – sempre deverá descrever uma ação, em obediência ao postulado do tipo penal do fato. Ou seja, o núcleo do tipo sempre deverá ser uma ação. A ação, como dimensão de sentido, representa um comportamento que pode ser atribuído a um autor.

1.1 Delimitação

Assim, um elemento de proposição do tipo sempre será o sujeito do delito,

conquanto, por vezes, na oração que descreve o tipo, ele esteja oculto. De qualquer modo, a norma sempre delimitará o sujeito do delito, pois ela define o círculo de pessoas que podem realizar a conduta. É a própria norma que define o autor material do delito.

É possível afirmar que existe um mútuo condicionamento entre a ação e o sujeito ativo. Isso porque, dependendo do que descreva a norma em concreto, existe uma delimitação a respeito de que classe de pessoas poderão cometer o delito e o contrário também é verdade, quer dizer, somente será importante em face de determinada norma uma conduta proferida por determinada classe de agentes.

1.2 Classificação dos delitos segundo o sujeito ativo

Existe uma classificação entre os delitos a respeito do seu nível de exigência em face do sujeito ativo.

São chamados *comuns* os delitos quando a descrição normativa da conduta não exige, de parte do sujeito ativo, nenhuma qualidade especial, o que significa que eles podem ser praticados por qualquer pessoa.

Nesses casos, em geral a norma incriminadora é composta por uma oração com sujeito oculto, como por exemplo: "matar alguém" (art. 121 do Código Penal); "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel" (art. 155 do Código Penal).

Ao contrário, os crimes denominados *especiais*[1] são aqueles que exigem certas condições pessoais do sujeito ativo, sem as quais não restará caracterizado o delito. Isso acontece porque a conduta é irrelevante quando realizada por pessoa que não possua as características exigidas do sujeito ativo; (por exemplo, art. 269 do Código Penal: "deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória"); ou porque a conduta, tal como está definida, somente pode ser praticada por certa classe de pessoas (por exemplo, art. 319 do Código Penal: "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, ato de ofício para satisfazer interesse ou sentimento pessoal") – note-se que o *ato de ofício* só pode ser realizado por quem efetivamente disponha de capacidade para tanto; ou ainda, porque, caso realizada a conduta por

pessoa que não reúna as características exigidas, restará configurado crime diverso (por exemplo, art. 312 do Código Penal: “apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio”, o qual, excluída a condição de funcionário público, poderia caracterizar o art. 168 do Código Penal: “apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção”).

Os delitos especiais, por seu turno, podem ser subclassificados entre *delitos especiais próprios, delitos especiais ou próprios em sentido amplo* e *delitos de mão própria*.

O s *delitos especiais próprios*, também denominados *delitos próprios em sentido estrito* são aqueles em que necessariamente há de concorrer uma qualidade especial do sujeito ativo para que exista o injusto. Como exemplo, servem todos os delitos que exigem a condição especial de funcionário público (art. 312 e seguintes do Código Penal).

Os *delitos especiais impróprios* ou também denominados *próprios em sentido amplo* são aqueles em que as características especiais do sujeito não pertencem à norma principal incriminadora (ao tipo de ação), mas, sim, aos seus elementos acidentais, como qualificadoras, privilégios, causas especiais de aumento ou diminuição de pena. Como exemplo serve a violação de domicílio (art. 150 do Código Penal), que pode ser, em princípio, cometido por qualquer pessoa. Porém, se for funcionário público, incide a causa especial de aumento do § 2º do referido dispositivo. Em geral, essa característica se deve a que o sujeito ativo tem a pena agravada porque a ele incumbe um dever maior de preservação do bem jurídico violado.

Os *delitos de mão própria* são aqueles cuja natureza delitiva condiciona quem pode ser autor do delito, limitando tal possibilidade a ele, sendo impossível a realização por autoria mediata.[2] São exemplos de crimes de mão própria o crime de falso testemunho ou falsa perícia (art. 348 do Código Penal) ou o crime de embriaguez no trânsito (art. 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997).

1.3 Requisitos do concurso de pessoas

O reconhecimento do concurso eventual de pessoas demanda três requisitos objetivos e um subjetivo.

1.3.1 Requisitos objetivos

Objetivamente são necessárias: a pluralidade de condutas, mesmo que idênticas, e a relevância causal (nexo de causalidade) e de imputação (contribuição para a criação e realização do risco) de cada uma das ações para com o resultado e a identidade de resultado.

No que tange ao momento de realização da contribuição para o delito, o concurso eventual de pessoas é computado desde a *cogitatio* até a consumação. Cessada a consumação, o terceiro que auxilia o autor do crime responde por crime diverso. Quem, por exemplo, auxilia o homicida a ocultar o cadáver, comete ocultação de cadáver,[3] quem contribui comprando o produto do furto, comete receptação,[4] quem auxilia o autor a tornar seguro o objeto furtado, comete favorecimento real,[5] e quem colabora escondendo o autor do furto em fuga, comete favorecimento pessoal.[6]

De outro lado, ainda objetivamente, exige-se que o crime tenha sido, ao menos, tentado, para determinar a existência de responsabilidade penal. Ou seja, mesmo que haja contribuição para o crime na fase prévia à sua realização, como por exemplo, a instigação ou o induzimento, que são interferências na fase da *cogitatio*, ou mesmo a contribuição material na fase de atos preparatórios, não poderá haver castigo dessa atitude, se não iniciados, ao menos, atos de execução, conforme determina o art. 31 do Código Penal.[7]

Essa dinâmica obedece a congruência para com a punibilidade da tentativa. Já que o crime só é punível a partir de atos de execução, a contribuição para o crime, por uma questão de acessoriedade e dependência, também.

1.3.2 Requisito subjetivo

Subjetivamente, é necessária a união de vontades entre os agentes. Se cada conduta foi isoladamente perpetrada, não se está falando de concurso de pessoas.

Essa concorrência de vontades não implica em prévio ajuste. Responde pelo mesmo furto aquele que, ao passar diante de uma residência, vê que alguém está subtraindo os bens da casa e se oferece para auxiliar na subtração em troca de parte do butim, sempre e quando essa proposta seja aceita e efetivamente ele contribua para a subtração.

Importa referir que essa unidade de vontades significa a conexão entre as pretensões de agir dos concorrentes e não necessariamente a unidade de propósito de produção do resultado ilícito, porquanto até mesmo no crime imprudente há possibilidade de concurso de pessoas, quando a unidade de desígnios se dirija à composição de uma única ação conjunta. Note-se que aqui o resultado pretendido não é ilícito.

Há, porém, situações em que aspectos subjetivos fazem dissociar as responsabilidades dos concorrentes, que merecem comentário à parte: o desvio subjetivo e a concorrência de circunstâncias de caráter pessoal.

1.3.2.1 O desvio subjetivo em hipóteses de concurso de pessoas

Esse tema é, em geral, tratado pela doutrina como *participação dolosamente distinta*, e ocorre quando a pretensão dos autores é realizar crimes diferentes.

Não creio seja completamente apropriado o uso da expressão *participação* dolosamente distinta. O termo *participação*, no tema do concurso de pessoas, significa uma atuação de somenos importância. Acontece que a redação do art. 29, 2º, que regula a matéria, não induz pesar que o desvio se dê apenas por quem não tem domínio do fato.

O texto é o seguinte: *"se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave"*.

Ora, claramente, os *concorrentes* podem ser autores ou partícipes e esta é a palavra que identifica o agente. A expressão infeliz *quis participar de* tem aqui

sentido coloquial e não jurídico, equivalente a *quis tomar parte em*. É bem verdade que a realização criminosa, ao final, terá como autor um sujeito que será imputado mais gravemente, pelo resultado. Como o resultado não faz parte da pretensão subjetiva de um dos agentes, este não responderá pelo mesmo crime. Conquanto a respeito do crime configurado pelo resultado tenha um autor diverso daquele agente que figura na hipótese do § 2º, isso não converte os demais em meros partícipes, mas podem sim ser até autores de outro crime.

Portanto, definir a figura como *participação dolosamente distinta* não é completamente adequado, sendo mais correto falar em desvio subjetivo entre os concorrentes.

O dispositivo cuida da hipótese em que pode ocorrer resultado diverso do pretendido por alguns dos concorrentes. Trata-se de um desvio subjetivo entre os concorrentes, em que um deles pratica crime mais grave do que o pretendido por aquele. Por exemplo, A determina que B dê uma surra em C. Por sadismo, B mata C Em obediência a um molde finalista, o Código estabelece que cada qual responde segundo seu elemento subjetivo, levando-se em conta, porém, a previsibilidade do resultado. Assim, pode haver até três formas punitivas diferentes. Vejamos com um exemplo: José, Carlos e Antônio planejam a prática de um furto em uma residência, cuja família José descobriu que está viajando. Ao saírem para praticar o assalto, Carlos viu que Antônio levava consigo um revólver, e conhece o temperamento explosivo de Antônio, porém, nada comenta com José, pois este já havia dito que escolheria uma casa vazia porque não quer saber de violência. Os três ingressam na residência e iniciam a seleção do material a ser furtado quando são surpreendidos por um morador que, repentinamente, sai do quarto onde dormia. A informação de José estava errada. Antônio, inopinadamente parte para cima do morador, disparando contra este visando garantir a conclusão da subtração. Nesse caso, Antônio responde por roubo, pois foi isso que ele praticou. José responde por furto, que é o que ele pretendia praticar. O mesmo ocorre com Carlos, que também queria praticar apenas furto. Porém, como Carlos conhecia Antônio e viu que este levava consigo um revólver, para Carlos era previsível um resultado mais grave. Assim, ele responderá

pelo furto, mas com a causa geral de aumento de pena do art. 29, § 2º.

Cezar Bitencourt[8] defende que a regra não pode ser aplicada diretamente aos crimes preterdolosos, porque nestes resultaria em uma grave distorção da pena. Seria necessária, na opinião do autor, o emprego de uma regra auxiliar, separando entre os casos de excesso nos meios, em que poderia aplicar-se a regra da participação dolosamente distinta e aqueles casos em que houvesse excesso no fim, onde todos deveriam responder pelo resultado excedente.

Há quem proponha a solução de considerar o excesso quantitativo como previsível e o excesso qualitativo como imprevisível.[9]

Não parece, no entanto, prudente a fixação dessa regra obrigatória. Resulta mais adequada a análise tópica, uma vez que há abertura para isso no dispositivo legal que cuida do tema, ao mencionar que a responsabilidade pode variar de acordo com o grau de conhecimento do concorrente.

1.3.2.2 A limitação da comunicabilidade das circunstâncias e condições pessoais

Outra interessante matização do princípio de unidade absoluta determinada pelo Código Penal é a tratativa dada às circunstâncias e condições de caráter pessoal. Aqui há uma série de situações a serem consideradas.

As circunstâncias materiais e objetivas do crime se transmitem a todos os participantes da conduta delitiva, mesmo que não haja conexão direta entre algum elemento determinado e algum autor.

São circunstâncias objetivas aquelas referidas "aos meios de execução, à condição ou qualidade da vítima, ao tempo, lugar e ocasião do crime, bem como a natureza do objeto material".[10]

Cezar Bitencourt[11] observa que a determinação por exclusão feita pelo art. 30 do Código Penal brasileiro, no sentido da comunicabilidade das circunstâncias objetivas, já foi interpretada pela doutrina como uma espécie de responsabilidade penal objetiva. Propõe, como solução, uma interpretação que implique na filtragem da disposição do artigo referido pelo elemento subjetivo, passando a determinar que as circunstâncias objetivas "só se comunicam se entrarem na esfera de conhecimento dos

participantes".[12]

Ocorre que não é possível coibir a comunicabilidade das circunstâncias objetivas, já que elas pertencem ao fato para o qual contribuem todos os partícipes.

Por outro lado, a matização proposta por Bitencourt já se faz automaticamente, na medida em que toda imputação é individual e demanda limitação pelo conhecimento sempre, sob pena de incidência em erro, com as consequências de praxe.

De modo distinto, as circunstâncias pessoais de cada agente são incomunicáveis, exceto se fazem parte da própria descrição do tipo.[13]

Quando o dispositivo do Código Penal (art. 30)[14] refere a *circunstâncias* e *condições* de caráter pessoal, quer dizer respeito a aspectos que, de algum modo, são identificados com o sujeito que contribui para o delito. São circunstâncias de caráter pessoal "as que se referem aos motivos determinantes, à qualidade ou condição pessoal do agente, às suas relações com a vítima ou demais partícipes ou coautores",[15] que eventualmente podem agravar a pena, reduzi-la ou até excluí-la. Por exemplo, a *condição* de funcionário público, a *condição* de pai de alguém contra quem a vítima do crime atuou, a *circunstância* de motivação, como a vingança, o ódio, a paixão etc.

O dispositivo legal deixa claro que esses aspectos, referidos à relação específica do autor ou partícipe com o fato perpetrado, somente podem alcançar outros autores ou partícipes que não gozam da mesma condição, quando constituem *elementos* do crime.

Essa delimitação obriga à discussão sobre o que pode ou não caracterizar *elementar* do crime.

A melhor solução é, sem dúvida, a de diferenciar *elementar* de *circunstância* do crime. É importante notar, para evitar confusões terminológicas, que *circunstância do crime* é uma coisa e *circunstância de caráter pessoal*, referida pelo artigo, é outra. Quando o artigo menciona as expressões *condições* ou *circunstâncias*, está se referindo a "aspectos" pessoais do sujeito. A necessária diferenciação entre *elementar* e *circunstância do crime* conduz a analisar *circunstância do crime* como

aquilo que não faz parte de sua direta definição legal. Ou seja, aquilo que não faz parte do tipo de ação ou omissão a que se refere. A origem da palavra *circunstância* é do latim *circum* + *stare*, ou seja, estar ao redor de.

Elementos do tipo, a efeito da comunicabilidade, são aqueles que descrevem alguma condição pessoal do agente, como nos crimes próprios. A compreensão do tipo há de ser analisada a partir de sua descrição *elementar*, que é composta pelos *elementos* que o descrevem (incluídas, por exemplo, qualificadoras). Tudo o que fizer parte da descrição dos *elementos do tipo*, mesmo que seja *circunstância ou condição de caráter pessoal*, alcançará a todos os autores e partícipes. Aquilo que, sendo *condição* ou *circunstância de caráter pessoal*, por seu turno, não for *elementar do tipo* (como causas especiais ou gerais de aumento e diminuição de pena, agravantes ou atenuantes genéricas), não pode ser transmitido entre autores ou partícipes.

Assim, por exemplo, no peculato,[16] mesmo quem não seja funcionário público poderá ser reconhecido como partícipe, no homicídio qualificado pelo motivo fútil, como a discordância sobre a afeição clubística ou política da vítima,[17] todos os que contribuem para o crime responderão por sua forma qualificada. Em contraposição, a agravante genérica da coabitação[18] não pode ser transmitida ao partícipe, bem como a isenção de pena para os ascendentes, descendentes, irmãos ou cônjuges no favorecimento pessoal.[19]

Convém lembrar, finalmente, que as *circunstâncias* e *condições* que *não sejam de caráter pessoal* têm plena comunicabilidade entre os sujeitos ativos do delito, quer sejam elementares, quer sejam circunstâncias do delito.

1.4 Autoria e participação

Uma vez que tenha sido localizado o sujeito ativo, é necessário considerar que, por vezes, este não é único, eis que qualquer atividade cotidiana pode ser obra individual ou coletiva. Por exemplo, uma intervenção cirúrgica, um concerto sinfônico etc.

Assim também pode ser com relação ao crime, o crime pode ser praticado por um único autor ou por vários, hipótese esta denominada *concurso de pessoas*.

Algumas atividades específicas exigem obrigatoriamente mais de uma pessoa, como uma partida de tênis, por exemplo.

Do mesmo modo, há crimes que são obrigatoriamente perpetrados por mais de uma pessoa. Estes são chamados crimes de *concurso necessário* ou *plurissubjetivos*,[20] como por exemplo o crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal). Há quem[21] divida a participação necessária em *tipos de convergência*, como o caso da quadrilha[22] ou o furto qualificado pelo concurso de pessoas, onde obrigatoriamente todos são coautores, e os chamados *tipos de encontro*, onde existe co-orientação para o mesmo fim, sem punibilidade do partícipe, como no *favorecimento pessoal*, por exemplo. A distinção parece desnecessária se for considerado como crime *de concurso necessário*, gerador obrigatório de coautoria, apenas aquele em que o próprio tipo penal inclui entre os seus elementos a coletividade (tipos plurissubjetivos).

Os delitos que podem ser perpetrados por uma única pessoa (tipos unissubjetivos), quando praticados coletivamente, configuram situação de *concurso eventual de pessoas.*

Surge então a questão fundamental do crime cometido coletivamente; é como repartir entre as pessoas a carga de resposta penal. Pode-se perguntar: aquele que fornece a arma deve ter responsabilidade pelo mesmo crime, com a mesma pena que aquele que dispara contra terceiro? Aquele que burla a vigilância de uma loja, desligando o sistema de câmeras, responde pelo mesmo crime e merece a mesma pena daquele que subtrai os valores de lá?

1.4.1 Sistemas diferenciadores e unitários

A primeira pergunta a ser feita é sobre se devemos repartir a responsabilidade dos diversos concorrentes por igual, adotando, assim, um sistema unitário, ou se é melhor distribuir a responsabilidade de modo desigual, adotando um sistema diferenciador.

Considerando o princípio de culpabilidade, que obriga à diferenciação pessoal entre os distintos envolvidos na realização do crime, o sistema diferenciador aparece

como primeira opção. Surge aqui a ideia de considerar que as diferentes contribuições para o ilícito devem merecer diferentes tratamentos.

Restaria saber se é melhor diferir entre todos os que de alguma forma contribuem para o delito ou dividi-los simplesmente entre os que contribuem essencialmente e acessoriamente.

A *teoria pluralista* entende que o concurso eventual de pessoas é meramente uma construção jurídica, porque na realidade a multiplicidade de agentes corresponde a uma multiplicidade de crimes. Cada agente deve responder pela sua própria conduta, de modo diferenciado, pelo que trata-se de vários crimes praticados em concurso. A multiplicidade de agentes corresponde a um concurso real de ações distintas. Há uma pluralidade de delitos, cada qual praticando um delito que lhe é próprio. Critica-se essa teoria porque o tipo realizado é um só e as participações dos agentes convergem para uma ação única, com um único resultado.[23] Sendo muito difícil conceber, por exemplo, que se um agente aponta a arma para uma vítima enquanto o outro subtrai a carteira desta, não devam ser ambos responsáveis por roubo, mas sim um por ameaça e outro por furto.

A *teoria dualista* sustenta que nos crimes onde existe concurso eventual de pessoas, os autores (principais) deverão responder conjuntamente por um delito, enquanto que os partícipes (acessórios) deverão responder conjuntamente por outro. Ou seja, haveria uma bipartição do delito entre autores e partícipes. Existiria uma ação principal, do autor do crime ou dos coautores, que executam a ação típica, e as ações acessórias, levadas a cabo pelas pessoas que induzem, instigam ou auxiliam o autor ou os autores a cometerem o ilícito.

O problema aqui aparece quando a ação do eventual partícipe, que figuraria como auxiliar ou instigador, é mais importante que a conduta de quem executa o núcleo do tipo. Por exemplo, quem contrata alguém para surrar um terceiro. Ademais, do mesmo modo que com a teoria pluralista, o evento continua sendo um só, e não dois.

Em decorrência dessas fragilidades, desenvolveu-se a ideia de um sistema unitário, que inclusive responderia melhor à ideia de causa, segundo a teoria da

equivalência dos antecedentes.

Assim, para a *teoria monista ou unitária* o crime praticado por distintas pessoas em conjunto não deixa de ser uno. Portanto, tanto autores quanto partícipes respondem pelo mesmo crime. Não se distingue entre autor, partícipe, instigador, cúmplice etc., sendo todos *coautores* do crime. A dificuldade aqui é que quem empresta a arma tem a mesma pena do homicida, quem indica a casa vazia teria, teoricamente, a mesma pena do ladrão.

O Código Penal brasileiro, em obediência à adoção do conceito de *causa* próprio da teoria da equivalência dos antecedentes,[24] logicamente, caminhou para a adoção de uma teoria unitária do concurso eventual de pessoas, admitindo que todas as contribuições para uma prática delitiva geram responsabilidade por ela. Entretanto, igualmente se adiantou em reconhecer a pertinência de certas críticas à referida teoria, promovendo matizações à ideia de igualdade absoluta das contribuições para o crime.[25] Ao final, é forçoso concluir que a teoria adotada é mesmo uma teoria diferenciadora.

Nestes termos se expressa o item 25 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, ao referir:

> "O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas [...] Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas."

Esta indecisão pela adoção absoluta e incondicional de uma ou outra forma gerou intensa discussão doutrinária.

Parte da doutrina nacional[26] afirma, peremptoriamente, que o Código Penal brasileiro, tanto em 1940 quanto na reforma de 1984, adotou a teoria unitária para

disciplinar o concurso de pessoas.

Para Bitencourt, a teoria unitária foi adotada pelo Código Penal de 1940 e a reforma de 1984 manteve a escolha dessa teoria[27]. Assinala o autor que, na reforma, procurou-se atenuar os rigores da teoria unitária, distinguindo-se, com precisão, a punibilidade da autoria e da participação[28]. Ademais, foram estabelecidos alguns princípios disciplinando determinados graus de participação[29]. Conclui dizendo que foi adotada como regra a teoria monística, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo a adequada dosagem de pena de acordo com a eficácia causal da conduta de cada partícipe, na medida da culpabilidade perfeitamente individualizada[30].

Brandão assinala que o Código Penal brasileiro adotou as linhas gerais da teoria monista, conforme se depreende do *caput* do art. 29[31]. Tal teoria apregoa a unicidade de crime em face da pluralidade de agentes, logo, tanto os autores quanto os partícipes responderão por um único crime, afastando-se tanto a ideia de fracionamento da conduta delituosa quanto a ideia de bipartição da conduta criminosa[32]. Acrescenta Brandão que o fundamento dessa teoria reside no fato de as várias ações não se apresentarem de um modo autônomo, mas convergirem em uma operação única, que acarretam num mesmo resultado, por isso, elas devem ser consideradas como um todo unitário[33]. Aduz, ainda, quando a lei estabelece que, qualquer que seja a forma de concorrer para o delito, o sujeito incide nas penas ao mesmo cominadas. Ela prevê que a contribuição do agente para o crime – independentemente de seu grau – acarretará a sua responsabilidade penal, o qual será tido como sujeito ativo do delito[34]. Ressalta o autor que, hodiernamente, a teoria monista importa na unicidade de crime, mas não na unicidade de pena[35].

Segundo Dotti, o sistema unitário foi adotado na redação do art. 25 da velha Parte Geral do Código Penal (1940) e repetido no *caput* do art. 29 da reforma de 1984[36]. Parte-se do princípio de que não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*[37]. Assim, quem emprega qualquer

atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade[38].

Sem dúvida, esta é uma opção político criminal mais interventiva, de ampliação do espectro de responsabilização penal, o que não é de estranhar, sabendo, como anotou, em seu momento, Fragoso, que a opção foi inspirada no exemplo do Código Penal italiano[39]. A escolha vincula-se à teoria da equivalência dos antecedentes, adotada quanto à relação de causalidade[40]. Assim, como não se distingue entre os vários antecedentes causais do delito, não se distingue também entre os vários partícipes na empresa delituosa comum: todos são coautores e responderão pelo crime segundo a mesma escala penal[41]. Somente se distingue entre os diversos partícipes na aplicação da pena, que dependerá da culpabilidade maior ou menor de cada um[42].

Como bem anotou Mestieri, tal opção não apenas afasta a distinção entre participação principal e acessória, entre autores e cúmplices, como também dilui qualquer diferenciação entre participação moral e material[43]. Outrossim, ressalta o autor, que seria mais correto falar que o legislador adotou uma teoria unitária temperada, pois o instituto do concurso de pessoas está subordinado à teoria da culpabilidade, e, com isso, distingue-se, ainda que tacitamente, entre autoria e participação, além de limitar a punição à contribuição pessoal de cada protagonista[44], quando se impôs, no final no *caput* do art. 29 e em seus parágrafos, distinções entre aqueles que concorrem para o delito.

A discussão remete, portanto, à definição do que é realmente uma teoria unitária e uma teoria diferenciadora.

A teoria unitária, em sua formulação clássica, assenta-se na premissa de que todo aquele que contribui causalmente para o crime é autor ou concorrente[45]. As diferenças evidentes no grau de participação de cada um serão levadas em consideração pelo juiz do caso no momento de aplicação da pena[46]. A distinção entre as formas de contribuição é, pois, de natureza meramente quantitativa[47].

Um sistema unitário não diferencia autor de partícipe ou o faz apenas no plano

conceitual, fixando o mesmo marco penal para todos os que concorrem para o fato[48]. Em tal sistema, a forma e a intensidade da contribuição de cada concorrente são relevantes apenas para aplicação da pena[49].

Assim, o sistema unitário é aquele que (i) iguala todas as contribuições causais para o delito e prevê marcos penais idênticos para todas (unitário formal); ou, (ii) que distingue no plano conceitual entre várias formas de contribuição, mas continua a prever os mesmos marcos penais para as diferentes formas de intervenção[50].

Para a teoria unitária, o crime praticado por distintas pessoas em conjunto não deixa de ser uno. Portanto, tanto autores quanto partícipes respondem pelo mesmo crime. Não se distingue entre autor partícipe, instigador, cúmplice etc., sendo todos coautores do crime. A dificuldade aqui é que quem empresta a arma tem a pena fixada a partir do mesmo marco do homicida, quem indica a casa vazia teria a pena fixada a partir do mesmo marco do ladrão. Em princípio, aquele que aperta o gatilho, mas também aquele que empresta a arma ou grita "mate" poderiam ser tratados como homicidas[51].

O sistema diferenciador distingue várias formas de intervenção do delito, isto é, diferencia entre autores e partícipes, e pode prever, ademais, diferentes marcos penais para as diferentes formas de intervenção[52]. Para Leite, a teoria diferenciadora assenta-se na premissa de que já no plano do tipo há uma distinção qualitativa entre autores e partícipes[53].

Como bem refere Muñoz Conde, a participação é essencialmente menos grave que a autoria, existindo entre elas uma diferenciação inclusive conceitual[54].

O sistema diferenciador cinge-se à forma de repartição da responsabilidade dos diversos concorrentes de modo desigual, considerando as diferentes contribuições para o ilícito, que podem derivar da teoria pluralista ou da teoria dualista.

A teoria pluralista entende que o concurso eventual de pessoas é meramente uma construção jurídica, porque na realidade a multiplicidade de agentes corresponde a uma multiplicidade de crimes. Cada agente deveria responder pela sua própria conduta, de modo diferenciado, pelo que se trata de vários crimes praticados em concurso. A multiplicidade de agentes corresponde a um concurso real de ações

distintas. Haveria uma pluralidade de delitos, cada agente praticando um delito que lhe é próprio. Critica-se essa teoria porque o tipo realizado é um só e as participações dos agentes convergem para uma ação única, com um único resultado. É muito difícil conceber, por exemplo, que se um agente aponta a arma para uma vítima enquanto o outro subtrai a carteira desta, não devam ser ambos responsáveis por roubo, mas sim um por ameaça e outro por furto.

A teoria dualista sustenta que nos crimes onde existe concurso eventual de pessoas, os autores (principais) deverão responder conjuntamente por um delito, enquanto os partícipes (acessórios) deverão responder conjuntamente por outro. Ou seja, haveria uma bipartição do delito entre autores e partícipes. Existiria uma ação principal, do autor do crime ou dos coautores, que executam a ação típica e as ações acessórias, levadas a cabo pelas pessoas que induzem, instigam ou auxiliam o autor ou os autores a cometerem o ilícito.

O problema aqui aparece quando a ação do eventual partícipe, que figuraria como auxiliar ou instigador, é mais importante que a conduta de quem executa o núcleo do tipo. Por exemplo, quem contrata alguém para surrar um terceiro. Ademais, do mesmo modo que com a teoria pluralista, o evento continua sendo um só, e não dois.

Além disso, em uma teoria dualista, seria preciso estabelecer, mediante juízos de valor, o que define um autor e um partícipe, ingressando, aqui, a conhecida multiplicidade de teorias[55], que visa obter tal definição, as quais didaticamente costumam ser agrupadas em teorias subjetivas, objetivo-formais e objetivo-materiais.

Portanto, parece-me, com todo o respeito às divergências, que o tema deve ser simplificado, pois a teoria do delito deveria ser a fórmula de ajuste e composição da complexidade fática, reduzindo-a sistematicamente. Especialmente, porque, como já anotado pela doutrina, não existe possibilidade de se falar em uma *teoria mista*[56].

Com efeito, tomada a ideia *kantiana* de sistema, não é possível pensar que um sistema que pretenda resolver a questão do concurso de pessoas possa ser ao mesmo tempo unitário e diferenciador, já que estas são propostas mutuamente excludentes. Afinal, Kant entendia por sistema "a unidade dos diversos conhecimentos dentro de

uma ideia"[57].

No entanto, é preciso ter em mente o que pretendia Kant com o seu sistema. Ele deixou claro que "a unidade sistemática é o que converte o conhecimento comum em ciência"[58], pois através de tal unidade se obtinha as características científicas de completude, unidade e correção.

Porém, é preciso cuidar-se quanto a esta pretensão de ciência quando se trata do direito, especialmente do Direito penal.

É questionável que se possa falar em ciência penal, pois, como adverte Vives Antón:

> o delito não é um objeto real, e, por conseguinte, à estrutura do sistema não corresponde a nenhuma estrutura objetiva. E a dogmática não é nenhuma classe de ciência, mas só uma forma de argumentar ao redor de uns tópicos que não são senão determinações do que entendemos por ação e do que entendemos por norma, e do processo em virtude do qual podemos julgar as ações desde as normas jurídicas e desde os valores aos quais as normas jurídicas servem de veículo[59].

Portanto, a questão de um sistema científico não pode ser a preocupação última do jurista penal, senão que, figura muito antes a preocupação com a forma de levar a cabo a conjunção entre normas e condutas, ou seja, uma preocupação prática de redução de complexidade fática a um sistema que procura resolver na prática o exercício do controle social do intolerável.

Isso recomenda, sobretudo, que o tema seja abordado a partir de um compasso binário: teoria unitária é a que não admite diferenciação entre os participantes da empreitada delitiva, enquanto a teoria diferenciadora é a que, em oposição, o admite.

O Código Penal brasileiro, em obediência à adoção do conceito de causa própria da teoria da equivalência dos antecedentes, logicamente, caminhou para a adoção de uma teoria unitária do concurso eventual de pessoas, admitindo que todas as contribuições para uma prática delitiva geram responsabilidade por ela. Entretanto, igualmente se adiantou em reconhecer a pertinência de certas críticas à referida

teoria, promovendo matizações à ideia de igualdade absoluta das contribuições para o crime e o fez mediante a adição de regras obrigando a diferenciar certas participações.

As questões que se põem, então, são: i) Ainda que exista, no plano teórico, um conjunto de regras clássicas que conformam um sistema diferenciador, oposto direto de um conjunto de regras consagradas, que conformam um sistema unitário, o que realmente define um sistema? ii) A coerência entre as regras que compõem um conjunto normativo deve ser estabelecida entre as próprias normas que o compõem ou para com teorias e conceitos preexistentes externos ao conjunto normativo? iii) Como deve ser chamado um conjunto normativo que estabelece regras que obrigam, a partir de um marco típico único, a diferenciar a carga de sanção entre aqueles que contribuem para a prática de tal delito, definindo uma obrigatoriedade de redução em face de contribuições menos importantes?

Estas – e não quaisquer outras – são as perguntas que devem ser respondidas.

É absolutamente inútil discutir se o Código Penal brasileiro adota a teoria A ou a teoria B a respeito do concurso de pessoas, ou como se chama esta ou aquela teoria, ou quando se deve chamar um sistema por este ou aquele nome, ou até mesmo quando se pode chamar um conjunto normativo de sistema. A questão a ser respondida é, antes, de praxis forense: diante de um caso de concurso eventual de pessoas, à luz do conjunto de normas do Código Penal brasileiro, deve o juiz distinguir entre as contribuições principais e acessórias? Nesse sentido, parece inafastável uma conclusão positiva. Desta resposta deriva outra pergunta: esta distinção deve operar-se levando em conta quais critérios diferenciadores?

Isto é o que realmente importa acerca do concurso de pessoas.

Visto por este prisma, ao final, é forçoso concluir que o sistema (se é que existe) ou a teoria (se pode ser assim chamada) adotados são mesmo diferenciadores, quer chamemos isso de teoria, quer chamemos de sistema, ou simplesmente digamos que se fez uma "opção diferenciadora".

O Código Penal brasileiro adota, na verdade, um perfil diferenciador em sentido dualista. O princípio é unitário, porém, expressamente se reconhece a necessidade de

matizações e bipartições que obrigam a considerar a hipótese de necessária diferenciação entre autores e partícipes.

Ademais, o Código ainda mantém, na parte especial (que é de 1940), situações de *exceção pluralística ao princípio unitário do concurso de pessoas*, o que deixa evidente que já mesmo antes da reforma de 1984 existia uma tendência a minimizar o absolutismo monista. Exemplos disso são as hipóteses de aborto, onde a mesma situação de fato pode levar à punição do médico que realiza o aborto e da gestante que o consente em tipos penais diferentes;[60] e a situação de corrupção, onde o único fato de que um particular entrega a um policial uma quantia em dinheiro para que aquele não lavre uma multa de trânsito contra ele conduz à punibilidade do particular e do policial por tipos penais diferentes.[61]

Fica estabelecida, portanto, a necessidade de diferenciação entre autor e partícipe.

Desse modo, é autor de homicídio quem mata alguém mediante disparos e partícipe quem empresta a arma àquele que disparou. É autor de furto quem invade a residência, subtraindo, de lá, para si, os eletrodomésticos e joias, e é partícipe aquele que indicou a casa que estaria vazia para ser assaltada. Enfim, como bem refere Muñoz Conde,[62] a participação é essencialmente menos grave que a autoria, existindo entre elas uma diferenciação inclusive conceitual.

É claro que a distinção entre autor e partícipe não basta e nem é a última etapa da divisão de responsabilidades e consequentemente de cargas penais. A operação de atribuição de pena é complexa e pode levar a uma profunda elevação da pena de um partícipe e também à relevante redução da pena de um autor. A diferenciação aqui visa, simplesmente, estabelecer uma relação de subordinação e de essencialidade-acessoriedade entre autores e partícipes.

De qualquer modo, uma vez concluído pela necessidade de diferenciação entre autor e partícipe, da opção por uma teoria diferenciadora surge o segundo problema, que é o critério pelo qual há que se distinguir a figura do autor e do partícipe.

Surgem então as várias teorias que visaram explicar por que a atuação de uma pessoa pode ser principal em relação à atuação de outra.

1.4.2 Teorias diferenciadoras utilizadas para a identificação do autor

O autor é a figura principal do delito, porém, não existe uniformidade doutrinária a respeito do entendimento do que possa ser o conceito de autor, aparecendo também distintas teorias que propõem explicá-lo.[63]

1.4.2.1 Teoria subjetiva

A primeira teoria a surgir foi a chamada *teoria subjetiva*, aparecida ainda no século XIX, da jurisprudência do Tribunal do Império Alemão, especialmente dos trabalhos de Von Buri.[64] Na verdade, o impulso para buscar em aspectos subjetivos uma diferenciação entre autor e partícipe deriva evidentemente da prevalência, nessa época, da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Se tudo o que contribui para o resultado é causa e o resultado causado é obra de quem o provocou, evidentemente, todos os que contribuírem objetivamente para o resultado terão esse resultado igualmente imputado para si. A diferenciação em graus de importância – entre autor e partícipe – não poderia ser obtida, segundo se pensava, pela exploração do aspecto objetivo do delito, remetendo-se a doutrina, então, para a pretensão de identificação pela via subjetiva.[65]

Para essa teoria, o que define o autor, o que o diferencia do partícipe, é que o autor *quer o fato como seu*, ou seja, manifesta subjetivamente uma intenção de realizar o crime. O partícipe teria apenas um ânimo associativo, ou seja, manifestaria uma intenção de participar de crime como fato de outro. Assim, por exemplo, aquele que vigia a residência enquanto seu comparsa entra nela para subtrair os bens é também autor de furto. Existe coautoria, na medida em que ambos querem o fato como seu. O partícipe seria aquele que contribui com o fato, porém o quer como fato alheio.

Bockelmann e Volk[66] citam dois casos da jurisprudência alemã. O primeiro, o "caso da banheira", em que uma mulher, em cooperação consciente e desejada, ajudou a sua irmã a colocar uma criança recém-nascida ilegítima em uma banheira, para afogá-la. O *Reichgericht* entendeu ser apenas auxílio (participação) no crime da mãe da criança, que não moveu um dedo. O segundo, o famoso "caso Staschynskij", em que se puniu apenas por auxílio (participação) um agente secreto russo que, seguindo

instruções exatas de autoridades governamentais da União Soviética, matou duas pessoas com gases tóxicos, porque ele *não queria o fato como seu* e *apenas curvou-se, a contragosto, ao dolo de autor alheio*.

O Tribunal Supremo Espanhol, por sua vez, utilizou majoritariamente, até meados dos anos 90 do século XX, uma teoria subjetiva para a identificação do autor, "chamada *doutrina do acordo prévio*, segundo a qual considerava autor quem tomava parte na resolução conjunta de executar o fato e interferia na realização do plano ajustado, fosse qual fosse a forma concreta pela qual se materializasse tal intervenção".[67]

Depois de uma longa prevalência da teoria objetivo-formal na doutrina e jurisprudência brasileiras, recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça têm apontado para a teoria do domínio do fato como critério diferenciador de autores e partícipes.[68]

Há vários problemas aqui, e o primeiro é justamente com o caso do assassino de aluguel, por exemplo, que jamais quer o crime como obra sua, mas como obra alheia. Não seria ele autor. Ademais, tomar por base pretensões inacessíveis da mente do autor configura um critério absolutamente inseguro, ainda que tenha pleno ajuste com um modelo de ação finalista. O fracasso desse critério deriva, quiçá, precisamente, da insustentável teoria finalista da ação. Finalmente, há a questão dos delitos de mão própria, nos quais o critério seria totalmente inaplicável, diante da predeterminação típica da figura do autor.[69]

1.4.2.2 Teoria objetivo-formal

Aparece, em seguida, a *teoria objetivo-formal*,[70] para a qual autor é aquele que realiza o núcleo do tipo, ou seja, a ação expressa pelo verbo contido no tipo.[71] Assim, o autor é quem realiza, por exemplo, a ação de *matar* no homicídio e de *subtrair* no furto. O partícipe realiza outras ações que, conquanto sejam contributivas para a obtenção do resultado, não configuram o núcleo do tipo. Para Frank, a autoria era "a realização do tipo total pela própria pessoa".[72] Evidentemente, essa teoria se ampara no paradigma causal, pois quem *causa o resultado* é tratado como autor.[73]

Nos casos de coautoria, explica-se a divisão de tarefas sob a forma da *coautoria executiva direta* e a *coautoria executiva parcial*. A coautoria executiva direta seria quando os coautores dividem diretamente a realização completa do delito, como, por exemplo, quando duas pessoas espancam uma terceira e ambos reviram os bolsos do agredido, retirando os pertences. Ambos são coautores diretos de roubo. No caso da coautoria executiva parcial, os coautores repartem tarefas. Assim, por exemplo, no mesmo roubo, enquanto A aponta a arma para a vítima, B subtrai os seus pertences.[74]

O problema aqui é o do autor mediato, que seria considerado partícipe, embora em boa parte dos casos seja ele que determina como vai ocorrer o crime, tornando difícil explicar por que a pessoa usada como instrumento deve arcar com toda, ou a maior parte, a culpabilidade.[75] Assim, por exemplo, não seria autor aquele herdeiro que entrega bombom envenenado à tia rica, através do filho menor, para apressar o recebimento da herança.[76]

1.4.2.3 Teoria do domínio do fato

Evidentemente, o critério objetivo-formal fica curto para responder a situações mais complexas de relações de grupos criminosos, razão pela qual a doutrina buscou um critério objetivo-material de identificação do autor. Importa aqui mais do que simplesmente a realização do núcleo do tipo, mas sim o efetivo (material) domínio da realização do delito.

Em face da insuficiência do critério objetivo-formal para responder a situações mais complexas de relações de grupos criminosos, a doutrina buscou um critério objetivo-material de identificação do autor. Importa aqui mais do que simplesmente a realização do núcleo do tipo, mas sim o efetivo (material) domínio da realização do delito.

As expressões domínio do fato e domínio sobre o fato foram empregadas pela primeira vez no Direito Penal, no ano de 1915, por Hegler[77]. O domínio do fato integral, na expressão de Hegler, era analisado como pressuposto material da culpabilidade, ou seja, para ele, somente agia com culpabilidade quem tinha o

domínio do fato[78]. Mais tarde, o próprio Hegler procurou transferi-lo à teoria da autoria, para afirmar que o autor livre e capaz de imputação era o senhor sobre o fato em sua condição inerente; faltando ao instrumento a capacidade de imputação (culpabilidade), faltaria também o domínio do fato[79]. Acentue-se que ainda não possuía a conotação que se lhe empresta atualmente, estando mais atreladas aos fundamentos da culpabilidade[80].

Em 1932, Bruns utilizou a expressão domínio do fato para delimitar pela primeira vez autoria e participação[81]. Para Bruns, a autoria pressupõe, ao menos, a possibilidade de domínio do fato que, inclusive, deve ser inerente à conduta desde o princípio, de modo que o domínio do fato existe somente quando uma conduta em geral é adequada para causar o resultado[82]. Ademais, na instigação e no auxílio falta o domínio do fato em relação ao resultado final[83].

Três anos depois de Bruns, foi von Weber[84] quem voltou a utilizar a expressão domínio do fato para justificar o emprego da teoria subjetiva na delimitação do conceito de autoria e consequente distinção da participação. Ele transporta a expressão domínio do fato – até então compreendida de maneira objetiva –ao âmbito subjetivo, referindo ser autor quem pratica o fato com vontade própria de dominá-lo[85].

Particular importância teve Lobe, pois, pela primeira vez, apresentou um conceito de domínio do fato no plano da autoria[86], considerando que a autoria determina-se de acordo com elementos objetivos e subjetivos, a saber, querer o resultado, o domínio e a condução fática da execução, o *animus domini* e o respectivo *dominar* realmente a execução[87].

A primeira construção melhor elaborada de um critério objetivo-material se costuma atribuir a Welzel,[88] que à raiz de sua teoria finalista da ação, propôs a adoção de um critério de *domínio final do ato*, sustentando que a par de requisitos pessoais (as posições especiais de dever que eventualmente o autor possua e os elementos subjetivos especiais do injusto), a autoria deveria exigir como requisito típico o domínio final, ou seja, que o autor seja dono e senhor do fato, enquanto realiza sua decisão de vontade com sentido.

É bem verdade que o critério resulta mais vago e permeável a interpretações do

que o objetivo-formal, porém, é igualmente verdade que se aproxima mais do justo, já que quem dá a última palavra sobre o delito é quem pode, definitivamente, ser considerado autor.

Quiçá por conta disso, a ideia central de *domínio do fato*, também chamada de *teoria objetiva material*, ou *teoria objetivo-subjetiva*, recebeu ampla acolhida na doutrina em geral, a ponto de tornar-se francamente dominante,[89] ainda que, justamente por cuidar-se de um conceito aberto, tenha significado igualmente uma abertura importante para a inserção de diferenças importantes entre as teorias.

A ideia geral da *teoria do domínio do fato* é a de que o autor só pode ser identificado através do critério do domínio do fato, sendo que domina o fato aquele que tem o poder de determinação sobre o crime, no dizer de Zaffaroni, "quem pode decidir a configuração central do acontecimento".[90]

Roxin, em sua famosa monografia *Täterschaft und Tatherrschaft*,[91] foi quem mais desenvolveu o tema do domínio do fato como fundamento da identificação do autor, abrindo muito mais a discussão sobre o tema e desenvolvendo o que, em Welzel, era apenas esboçado.

Roxin entende que os critérios objetivos e subjetivos previamente apresentados não são suficientes para a identificação do autor e do partícipe, devendo ser sintetizados em torno de uma concepção que acrescenta outros elementos. O centro de onde parte a teoria é o controle a respeito da realização do crime.

Autor, para essa teoria, é quem domina a realização do fato típico, determina quando, onde, como e se ocorrerá o delito. Enfim, é quem tem o poder de decisão sobre o fato, quer seja porque o realiza, no todo ou em parte, quer porque se utiliza de outrem como instrumento de sua realização, no dizer de Jescheck,[92] quem *governa o curso do fato.*

Acontece que, como é evidente, o controle sobre o curso do fato não é um conceito fechado, comportando variadas interpretações, o que é reconhecido pela doutrina como sendo, ao mesmo tempo, o motivo igualmente do êxito e dos problemas de que padece essa teoria.[93]

De qualquer modo, com vistas a uma breve explicação a respeito da teoria,

toma-se por base o posicionamento de Roxin a respeito da mencionada teoria.

Para Roxin,[94] o que difere essencialmente autor e partícipe é que o autor tem controle sobre a realização do delito, aquele que pode decidir a respeito dos aspectos essenciais para a produção do resultado, é "a figura central do concreto êxito da ação", circunstância que falta ao partícipe. Importa ressaltar que o próprio Roxin[95] entende que a teoria do domínio do fato, embora seja de crucial importância para a identificação da autoria na maioria dos crimes, não pode ser aplicada indistintamente.

O autor faz um recorte, sustentando que os chamados crimes de domínio (comissivos dolosos) têm a autoria identificada pela teoria do domínio do fato, enquanto que nos chamados delitos de infração de dever (*Pflichtdelikte*), essa identificação deve dar-se por outra forma. A chamada *teoria dos delitos de infração de um dever* (*Theorie der Pflichtdelikte*) igualmente é tratada na obra *Täterschaft und Tatherrschaft*.[96]

De modo geral, no padrão regular de práticas delitivas – a saber, os crimes comissivos dolosos – o legislador faz no tipo uma completa descrição da conduta proibida, o que faz com que o autor seja identificado como a figura que domina a realização do feito. Aqui, a autoria seria explicada pela *teoria do domínio do fato.*

O domínio de tal realização não é meramente um controle da causalidade, mas sim um domínio em sentido normativo, relacionado aos critérios de imputação.[97]

Assim, dentro de uma ideia geral de *domínio do fato*, estão incluídas todas as formas de autoria, a saber, a autoria direta, onde o sujeito que realiza direta e imediatamente o delito tem o *domínio da ação*, pois efetiva a realização jurídica do delito diretamente; a autoria mediata, onde o sujeito, conquanto não realize pessoalmente o núcleo do tipo, possui o *domínio da vontade*, valendo-se de terceiro como seu instrumento, logrando impor sua própria pretensão a despeito do que queira aquele que é instrumentalizado; e, finalmente, a coautoria, onde o repartir de tarefas entre os coautores traduz um *domínio funcional* do fato, traduzido pelo cumprimento de funções que são distribuídas entre os coautores.[98]

As críticas existentes a esse modelo, em geral, são dirigidas à proposta inicial, de Welzel, e não têm relação com o conceito de domínio do fato, mas sim com a ideia

de domínio *final* do fato. Ou seja, estão direcionadas ao evidente fracasso da proposta de uma teoria da ação finalista. Assim, critica-se a finalidade na culpa inconsciente[99] e também no caso dos delitos omissivos. Os próprios defensores desse ponto de vista entendem necessário o seu complemento por outros critérios em casos limítrofes.[100]

A solução apresentada por Roxin, dividindo entre os delitos de domínio e os delitos de dever, aplicando a teoria do domínio do fato aos primeiros e aplicando a chamada teoria dos delitos de violação de dever, parece ter dado uma solução bastante satisfatória ao tema, recortando o âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato e, como consequência disso, reforçando a conclusão pelo acerto de seus resultados.

Para Roxin,[101] a teoria do domínio do fato deve ceder espaço nos casos dos chamados delitos de violação de um dever – como é o caso dos delitos omissivos e os especiais ou próprios, onde a fonte de responsabilidade não é a atuação em si, mas sim o *dever* a que estão obrigados os autores –, para uma teoria dos delitos de dever. Ou seja, não se explica a responsabilidade a partir do controle que alguém exerce a respeito da realização do fato, mas sim em função do dever de cuidado a que o agente está obrigado.

Nesse sentido, por exemplo, não se pode sustentar que alguém que se omite controla a produção do resultado de alguma forma, pois de uma omissão não poderá brotar essa classe de controle. Por outro lado, é certo que a responsabilidade, na omissão, deriva da presença de um dever e que quem tem o dever de agir e não age é o responsável principal pela produção do resultado delitivo. Assim, os delitos omissivos – próprios ou impróprios – são delitos cuja essência da imputação reside não no domínio do fato, mas na violação do dever.

O mesmo se pode dizer dos casos dos crimes especiais ou próprios – aqueles que exigem, do sujeito ativo, alguma qualidade ou condição especial –, onde, existindo uma pluralidade de agentes, o autor sempre será o *intraneus*, ou seja, aquele que está incluído no círculo de autores delimitados normativamente pelo tipo. Desse modo, somente as pessoas que reúnam a qualidade específica mencionada pelo tipo

estão em condições de serem identificadas como autoras.

Portanto, a teoria do domínio do fato, desde que conjugada com uma teoria de violação de dever específica para os crimes omissivos e os crimes próprios ou especiais, é a que melhor conduz à identificação de quem pode ser autor de crime.

Ademais, convém aduzir que tal proposta resulta perfeitamente compatível com o desenho do Código Penal brasileiro, tudo recomendando sua utilização, não obstante recente polêmica sobre o tema, para cujo deslinde remeto a outro local em que tratei do tema em coautoria[102]. Inclusive, porque na complexidade dos aparatos organizados, especialmente da delinquência empresarial, resulta praticamente impossível determinar a autoria sem o socorro a esse critério.[103]

1.5 Classificação das distintas formas de autoria

Tradicionalmente, a doutrina classifica as formas de autoria entre: autoria direta, autoria mediata e coautoria.

1.5.1 A autoria única direta ou mediata

Autor direto ou *mediato* é aquele diretamente responsável pela conduta, que realiza o fato criminoso concretamente, enfim, quem detém para si, exclusivamente, o domínio do fato, realiza o fato por si mesmo.[104] Por exemplo, quem realiza, sozinho, a morte da vítima, no homicídio, quem subtrai sozinho a coisa móvel alheia, no furto.

Nesse caso, um único autor realiza toda a conduta delitiva.

1.5.2 A autoria mediata

Autor mediato é aquele que consegue realizar o evento delitivo através de interposta pessoa. Trata-se do uso de um agente imediato que funciona como instrumento, sempre subordinado ao domínio do autor mediato cuja vontade domina a realização. Por exemplo, o médico que, pretendendo matar, ordena a enfermeira a ministrar dose letal de remédio ao paciente, sem que esta conheça o medicamento empregado;[105] o pai que determina a seu filho menor de idade que dispare contra o vizinho; o delegado que determina que seja cumprida pelo agente policial a prisão de

um seu desafeto, sem que haja qualquer mandado judicial, situação desconhecida do agente policial que a realiza. Em todos esses casos, há um domínio da vontade (*Willensherrschaft*) do realizador do evento, de modo que a vontade que se expressa na execução do crime é a daquele que instrumentaliza outro para o cometimento do delito.

A essência da autoria mediata é a instrumentalização do executor material da ação. O autor mediato será quem se serve do instrumento, que manipula o terceiro para conseguir a realização do delito. Assim, são situações de autoria mediata quando um adulto engana uma criança ou adolescente, pagando-lhe para que entregue um pacote de medicamentos a um terceiro, cujo conteúdo, na verdade, é uma grande quantidade de drogas, ou ainda o caso do gerente do banco que rendido por assaltantes, se vê compelido a retirar o dinheiro do cofre da agência para entregar a estes.

1.5.2.1 Autoria mediata e culpabilidade

Há unanimidade no que tange ao reconhecimento da autoria mediata quando o agente se vale de pessoa instrumentalizada que não é imputável, como por exemplo, quando o autor se vale de pessoa portadora de doença mental que, por essa condição se vê incapacitada de compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se segundo tal compreensão ou, ainda, de menores de 18 anos. Nesse caso, inclusive a instrumentalização que gera a produção, por parte do inimputável, de um crime do qual ele próprio seja vítima, conduz a uma situação que, à luz da teoria do domínio do fato, é solucionada pela ideia de autoria mediata, com domínio da vontade.[106]

Reconhece-se, ainda, de modo uniforme, como hipótese de instrumentalização as atuações mediante coação moral irresistível ou mesmo o cumprimento de ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, que são casos expressamente previstos no Código Penal brasileiro, em seu art. 22, como permissões fracas.

1.5.2.2 Autoria mediata e erro

Do mesmo modo, caracteriza a autoria mediata a atuação mediante indução

daquele que serve como instrumento em erro invencível, consoante expressamente prevê o Código Penal brasileiro no art. 20, § 2º, como, por exemplo, no caso do médico que determina que a enfermeira aplique certo medicamento ao paciente que, sustenta, lhe trará benefícios, quando, na verdade, ele sabe que produzirá resultado letal. Não se pode olvidar que, consoante foi explicitado no capítulo desta obra sobre o erro,[107] há que se diferenciar sempre entre as modalidades de erro para fins de afirmação da responsabilidade. Especificamente no que tange ao erro determinado por terceiro, o terceiro responderá segundo a modalidade de erro em que incorra, enquanto o autor mediato (aquele que determina o erro) deverá responder segundo o seu elemento subjetivo. Isso poderá conduzir a que haja, dentro de um mesmo fato, uma bipartição de responsabilidade, respondendo o autor por dolo e o instrumento – como partícipe – por imprudência, caso seja, por exemplo, um crime cometido em erro de tipo inescusável.

De qualquer modo, a concepção ampla de autoria oferecida pelo Código Penal brasileiro abriga a possibilidade de ampliação do rol de situações em que é possível identificar a autoria mediata.

Do rol de situações tratadas, especialmente aquela relacionada ao crime cometido através de erro induzido pelo autor mediato, resulta que, se o erro é vencível, remanesce responsabilidade como partícipe para o executor. A conclusão inarredável é que os casos de autoria mediata não se restringem, conforme aponta a maior parte da doutrina brasileira,[108] aos casos em que aquele que é instrumentalizado atua sem culpabilidade. Pode perfeitamente remanescer responsabilidade para o instrumento, na condição de partícipe.

1.5.2.3 Autoria mediata com executor responsável. O autor detrás do autor. A ques dos aparatos de poder organizados

Daí se abre passo para uma questão muito interessante, que, porém, divide a doutrina: também seria possível a existência de uma responsabilidade na condição de autor para o executor, a partir da figura da autoria mediata?

O tema tem constantemente dividido a doutrina a partir da análise do caso

Eichmann,[109] por Roxin,[110] no qual o autor apresenta sua tese favorável ao reconhecimento de um autor detrás do autor, em defesa da aplicação da figura da coautoria às situações de realização do crime no âmbito de uma organização.

Os casos de existência de um ente coletivo que se estrutura e instrumentaliza um determinado agente executor do crime são amplos e variáveis, espraiando-se, a partir de casos como o caso Eichmann ou o caso dos atiradores do muro de Berlim (*Mauerschutzen*),[111] até as situações mais corriqueiras, frequentemente encontradas no âmbito empresarial.

Hoje, é amplamente discutida a questão, tanto no que tange aos critérios de reconhecimento das situações de aparatos de poder organizados, especialmente no que refere até onde levar o tema, ou seja, se devem ou não ser incluídas nessa concepção as organizações estatais legais e as empresas; quanto às soluções que devem ser dadas dogmaticamente aos casos concretos, havendo propostas de reconhecimento de autoria mediata e também de coautoria.

O posicionamento de Roxin[112] é pela admissibilidade da situação de autoria mediata concomitante à existência de executor responsável, com a conhecida figura do autor por trás do autor (*Täter hinter der Täter*), o que parece correto, e ademais é perfeitamente ajustado, por exemplo, às modernas tendências de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, onde resulta inevitável reconhecer o domínio da vontade por parte daquelas em face de determinados executores que, ademais, são peças absolutamente fungíveis, no que tange à realização do delito, independentemente de que atuem com ou sem culpabilidade, ou amparados ou não por uma permissão fraca.

A situação especialíssima dos aparatos de poder organizados, tal como defende Roxin, faz com que se reconheça a responsabilidade não com base na atitude anímica daquele que dá as ordens (domínio da vontade), mas sim nas características peculiaríssimas do aparato no marco do qual atua.[113]

No posicionamento mais atual de Roxin,[114] quatro elementos são caracterizadores da situação capaz de deixar entrever a figura do *autor por trás do autor* ou do *homem de trás*, como ficou conhecida na doutrina: o poder de mando de quem tem possibilidade de distribuir as ordens; o aparato de poder organizado estar

afastado do direito; a fungibilidade do autor imediato; e a alta disposição para a realização do fato por parte do executor.

O primeiro desses elementos, qual seja, o chamado *domínio da organização*, traduz a situação de efetivo poder de mando dentro de uma estrutura organizada, ou seja, cuida-se da posição chave de onde uma ordem emanada não é questionada em função da hierarquia rígida estabelecida. Sem dúvida, quem está inserido em uma estrutura fortemente hierarquizada e organizada, ao emitir uma ordem, expressa uma vontade e exerce, portanto, o chamado *domínio da vontade*, que o identifica como autor. Essa conclusão é irretocável.

Outro item que parece inatacável na posição de Roxin é a fungibilidade do executor. Com efeito, as estruturas fortemente hierarquizadas e, ao mesmo tempo, muito organizadas, têm por característica essencial que a efetivação de um comando não depende especificamente do executor, quem, de regra, é perfeitamente substituível se as circunstâncias fáticas assim o exigirem. Imagine-se, por exemplo, que no caso dos atiradores do Muro de Berlim, determinado soldado, porque doente, faltasse ao trabalho. Certamente, outro estaria em seu lugar realizando a mesma execução de ordens. Seria completamente irrelevante quem estivesse executando o comando.

A alta disposição para a realização da ordem por parte do executor também é algo corretíssimo. É induvidoso que, em uma estrutura altamente hierarquizada, em que são emitidas ordens rígidas, que serão cumpridas a despeito de quem seja especificamente o seu executor, o contexto em que se desenvolve o fato torna a conduta desse executor altamente tendente a concretizar-se, por força de dois fatores essenciais: a realidade criminológica demonstra que a atitude do executor se conforma porque concluir inevitável a realização do crime a despeito de si mesmo e ao mesmo tempo, se reconhece protegido pela forte estrutura, com a sensação de pertencer a uma organização que é, enquanto coletivo, responsável pela produção do resultado, o que, em certa medida, inclusive o isenta pessoalmente.

Essas características, de fato, estão corretas.

A outra condição que traz Roxin, no entanto, entendo seja questionável. Pretende o autor que os casos de aplicação do critério sejam identificados em estruturas de

poder organizado à margem do direito.

Aqui o tema suscita fortes dúvidas. A começar pelos próprios exemplos utilizados por Roxin, a saber: o caso dos atiradores do Muro de Berlim. Ora, o que é questionável, dentro da posição deles, não é estarem ou não ajustados ao direito, pois, na verdade, estão cumprindo perfeitamente as ordens que sua organização jurídica determina, ainda que estas ordens sejam claramente injustas. O mesmo pode dizer-se, inclusive, do caso Eichmann.

Por outro lado, é forçoso admitir que tal critério é artificial e não corresponde à realidade criminológica. Ele visa tão somente apartar do âmbito da discussão sobre o reconhecimento da autoria a figura da empresa que, não obstante seja evidentemente constituída de uma forma diferente, por exemplo, das máfias ou organizações criminosas, em determinado momento, pode perfeitamente organizar-se e estruturar-se em torno da realização de crimes.[115]

Portanto, a posição que entendo correta é que a responsabilidade em aparatos de poder organizados admite a figura do autor por trás do autor a despeito de que o fato incriminado se desenvolva em um aparato que atue à margem do direito. Isso inclui, sem dúvidas, o âmbito das empresas. Basta que haja as outras três características: o domínio da organização por parte de quem deu a ordem, a fungibilidade do executor e a colocação deste em um ambiente coletivo que criminologicamente protege sua atitude de execução, tornando-o mais propenso à realização do fato.

Assim, existindo tais condições, é possível falar em autoria mediata e, ainda assim, contar com um executor plenamente responsável, capaz, portanto, de ser igualmente tratado como autor, desde que presentes os requisitos próprios da imputação pessoal em seu desfavor.

1.5.2.4 A autoria mediata e os crimes próprios e de mão própria

Não existe possibilidade de autoria mediata nos delitos de mão própria, onde o executor sempre tem o domínio da ação; tampouco nos crimes próprios, que exigem uma especial qualidade do sujeito ativo (caso em que uma interferência de quem não possua a especial condição pode levá-lo, no máximo, à condição de coautor).

1.5.2.5 Autoria mediata e crimes imprudentes

Finalmente, não existe autoria mediata em tipos imprudentes, onde não há direcionamento para o resultado e, portanto, domínio do fato,[116] sendo impossível conduzir deliberadamente a outro à obtenção de um resultado que não se pretende. Se, ao contrário, se reconhece que o terceiro não executor condiciona, manipulando, este para promover a conduta imprudente da qual deriva o resultado, já não se está diante de um crime imprudente, mas sim de um crime doloso em autoria mediata, com indução a erro do executor, que responderá segundo a modalidade de erro em que tenha incorrido.

Eventualmente, aquele que se julga autor mediato pode equivocar-se quanto ao controle que tem sobre a pessoa do executor. Assim, por exemplo, quando o autor mediato julga erroneamente estar se servindo de pessoa que não detém o controle da situação por qualquer classe de desconhecimento, mas, na verdade, essa pessoa, aderindo à conduta do pretenso autor mediato, a ela adere, conscientemente. Por exemplo: quando o médico se vale de enfermeira para ministrar dose de um medicamento raro e letal a um paciente, pensando que a enfermeira desconhece os efeitos do medicamento, quando, na verdade, ela sabe perfeitamente o que está ministrando e opta por fazê-lo.

A doutrina[117] costuma solucionar esse caso afirmando que o pretenso autor mediato deixa de ter o domínio do fato e converte-se em mero indutor.

Não parece ser essa a melhor solução. Havendo adesão dolosa do executor à conduta criminosa também dolosa do pretenso autor mediato, em que parte do domínio do fato pertence à decisão do executor, parece haver uma divisão de tarefas própria da coautoria, em fórmula aproximadamente similar ao caso do homicídio mediante paga, exceto pelo fato de que o equívoco de julgamento de parte do hipotético autor mediato torna a autoria compartilhada em domínio funcional.

Note-se que a solução aqui proposta não é apenas mais adequada porque obediente à teoria do domínio funcional do fato, distribuindo mais adequadamente a responsabilidade, porque efetivamente não se pode qualificar, nesse caso, o executor que atua dolosamente apenas como partícipe. É absolutamente irrelevante, no caso, a

ausência de consciência do autor que se supunha autor mediato a respeito do dolo do executor, pois isso em nada afeta sua própria responsabilidade.

Eventuais excessos praticados pelo executor resolvem-se pela regra do desvio subjetivo,[118] no caso do Código Penal brasileiro, prevista pelo art. 29, § 2º.

1.5.3 A coautoria

Coautores são aqueles que partilham a conduta típica, baseando-se na divisão do trabalho por decisão comum. São coautores tanto os que ameaçam a vítima tanto quanto os que subtraem o objeto a ela pertencente, no crime de roubo. O mesmo se aplica aos casos de *autoria incerta.* Estes consistem na prática de ação conjunta, em união de desígnios, onde não se sabe quem deu causa objetivamente ao resultado. Nesse caso, todos respondem pelo resultado, como coautores.

Também se fala em coautoria na hipótese de divisão de tarefas entre a etapa intelectual (de planejamento) e material (de execução). Assim, por exemplo, são coautores o mandante e o executor de um homicídio. Também é possível que o coautor adira ao evento durante sua realização, como, por exemplo, alguém que vê um desafeto ser agredido por terceiro e soma--se voluntariamente a essa agressão.

A fórmula identificadora da teoria do domínio do fato nos casos de coautoria é chamada de *domínio funcional do fato*, uma vez que os coautores repartem *funções* para a consecução do objetivo delitivo. Nesses casos, efetivamente, cada um dos coautores dispõe de interferência no que tange à determinação do *quando, se, onde* e *como* irá ocorrer o delito. Todas as vezes que o agente disponha de possibilidade concreta de interferência de sua decisão a respeito de tal realização, é o caso de falar-se em coautoria por *domínio funcional do fato*. Afinal, o domínio do fato é um conceito aberto, permitindo que se reconheça como coautor qualquer pessoa que tenha desempenhado uma função essencial à consecução do delito.

A questão importante passa a ser outra: a de definir o que pode ser reconhecido como uma função ou contribuição *essencial*. Para esse fim, o critério mais adequado parece o de verificar a existência de um domínio parcial, cuja exclusão hipotética afetaria necessariamente o desenvolvimento do plano de realização do delito,

sujeitando-o ao fracasso.

1.5.3.1 A coautoria em crimes imprudentes

Em geral, as hipóteses reconhecidas de coautoria são apresentadas através de exemplos de crimes dolosos, onde os coautores unem seus desígnios em torno da promoção do resultado criminoso, ou seja, repartem a ação criminosa e também o propósito de obtenção do resultado delitivo.

Interessante questão se põe, contudo, ao cogitar-se a respeito da coautoria em crime imprudente.

Alguns autores, que incluem na ideia de domínio do fato o modelo subjetivo de identificação do autor, ou seja, entendem que no domínio do fato se inclui *querer o fato como seu*, sustentam ser impossível a coautoria em delito imprudente, admitindo apenas autoria colateral independente.[119]

Cezar Bitencourt[120] comenta que esse é um posicionamento corrente na doutrina alemã, influenciada por Welzel. Segundo Bitencourt, essa concepção viria da adoção da teoria do domínio do fato que, no seu entendimento, aplica-se só ao crime doloso.[121] O autor refere que a doutrina espanhola não só admite a coautoria em crimes culposos, como também a participação em sentido estrito.[122] Indica, finalmente, que a doutrina brasileira unânime – seria melhor dito, majoritária – admite apenas as hipóteses de coautoria, rechaçando a participação.[123]

Cumpriria observar, em primeiro lugar, que não tem sentido a preservação de uma concepção *welzeliana* a respeito do domínio do fato, baseada em vontade enquanto expressão de um dolo natural, especialmente quando já é amplamente dominante a ideia de superação do conceito finalista de ação. A partir daí a imposição de um modelo normativo, de um dolo orientado por uma vontade que também é expressão de sentido comunicativa do compromisso para com a produção do resultado, conduz a um modelo de partilha de funções que deve ser apreciado a partir do que é realizado comunicativamente e não a partir da confluência de uma vontade natural e inacessível. Se a ação não é *final* em sentido *welzeliano*, não teria nenhum sentido preservar essa ideia para identificar o autor. A questão do atuar

doloso consiste em uma valoração da ilicitude do fato e não pertence à descrição do tipo de ação como pretensão conceitual de relevância. Portanto, não faz sentido identificar, a partir daí, o autor. Aliás, Zaffaroni e Pierangeli bem advertem para não se confundir o dolo com os requisitos objetivos e subjetivos do domínio do fato.[124]

Os coautores são interdependentes no sentido de estarem de acordo para poder agir conjuntamente, ou seja, o acordo mútuo é dirigido à realização da conduta. A relação subjetiva desta para com a produção do resultado é outra coisa.

Nos delitos imprudentes, o liame subjetivo em face do resultado não pode se efetivar, já que o resultado não faz parte da previsibilidade, ao menos nos casos de imprudência inconsciente. Porém, a divisão do trabalho e o acordo podem ser firmados em face da ação voluntariamente, no sentido da concorrência comum para a realização da conduta, independentemente do resultado almejado que, de regra, é lícito. O vínculo de vontades se forma em relação à ação, ainda que não em relação ao resultado. Por exemplo, duas pessoas preparam uma fogueira, causando negligentemente um incêndio. Outro exemplo: se José e João, empregados da construção civil, resolvem, de comum acordo, ajustar uma tábua na borda do andaime, para ganhar mais espaço para o trabalho, e esta, pelo movimento da estrutura, acaba caindo e ferindo um transeunte, parece lógico que ambos sejam incriminados em coautoria por lesões corporais imprudentes.[125]

Ocorre que, nesses exemplos, ambos os autores têm dividido o *controle* a respeito da realização do fato e da criação da fonte de risco para o bem jurídico. Sendo assim, não se pode negar um *domínio funcional do fato*, no sentido do controle que ambos exercem a respeito da criação da fonte de perigo. Não se faz necessário um controle *final*, mas apenas da criação do risco não permitido, que culmina realizado no resultado.

Eventual excesso em relação ao fato típico praticado por um dos coautores resolve-se pela regra da participação dolosamente distinta.

1.5.3.2 Coautoria e crimes especiais ou próprios

Em princípio, não existe possibilidade de coautoria em crimes de mão própria,

tampouco em crime especial ou próprio, salvo se o coautor também goze da mesma característica pessoal própria de seu comparsa.[126]

Outrossim, não é possível negar que há situações concretas em que existe uma contribuição essencial do *extranei* para a realização do crime do *intranei*, como pode ocorrer, por exemplo, quando há uma realização de um peculato em que um funcionário público, para apropriar-se – para si e para o comparsa – de um objeto de que tem a posse em razão do cargo atua em conjunto com um sujeito que não possui tal qualidade, mas que, no entanto, distrai os colegas de repartição do funcionário, para que estes não percebam enquanto ele procede a apropriação.

Não se pode negar, no caso, a existência de uma contribuição do *extranei* que é essencial para a realização do plano delitivo, bem assim, a existência de uma divisão de tarefas.

O Código Penal brasileiro inclusive estabelece uma regra específica a respeitc desses crimes, que é a regra do art. 30, segundo a qual "*não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime"*. Ora, a situação dos delitos especiais é justamente esta, justamente a de que as condições pessoais do autor constituem elementos do tipo. Uma vez que a opção legislativa é pela comunicação dessas circunstâncias entre o *intranei* e o *extranei*, passa a ser admissível, no crime especial ou próprio, não apenas a participação, mas a coautoria, em divisão de tarefas.

Chega-se, assim, ao seguinte problema: se a teoria do domínio do fato explica apenas a responsabilidade nos crimes de domínio, mas não nos crimes de violação do dever – cuja autoria é determinada justamente pela teoria da violação do dever –, sendo um crime especial, também um crime de violação de dever, não deveria ser esta última a teoria que explicasse a responsabilidade tanto do *intranei* quanto do *extranei*, caso haja essa classe de concurso de pessoas?

A resposta é negativa. No que refere ao crime especial, a atuação como *intranei* é a fonte do dever. A comunicação dessa circunstância ao *extranei* que contribui para o delito transfere a tipicidade, ou seja, confere a identificação do tipo especial para a fixação da responsabilidade deste último, entretanto, não transfere para ele a violação

do dever, logo, tampouco transfere o fundamento de sua responsabilidade, que segue obedecendo a regra do domínio do fato.

Assim, nos crimes especiais, o *intranei* será sempre autor, pois para ele vige a regra da violação do dever. Já o *extranei* que contribua para a prática do crime terá sua condição de autor ou partícipe determinada segundo possua ou não domínio do fato. Assim, o civil que contribui para a prática de um peculato praticado por um funcionário público tanto poderá ter contribuído decisivamente, com a realização de uma tarefa essencial à realização do plano delitivo, configurando-se, por isso, como coautor, ou poderá ter contribuído de modo apenas superficial e acessório, convertendo-se em mero partícipe.

1.5.3.3 Coautoria e crime omissivo

Há informações controversas sobre qual é a teoria dominante, se a que aceita ou a que rechaça a coautoria em crime omissivo. Pode-se dizer que há uma divisão doutrinária, sendo parte dos autores a favor e parte contra.[127]

Na omissão própria, a impossibilidade parece óbvia, diante do fato inegável de que a estrutura do delito se ampara em um dever *geral* de atuação. Ora, se o dever é geral, atinge a todos individualmente, independentemente de eventuais liames subjetivos que possam ser desenvolvidos entre uns e outros. Claramente o dever pertence a todos e cada um. Conforme bem refere Juarez Tavares,[128] nos crimes omissivos "cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto, diante da situação típica de perigo ou diante de sua posição de garantidor", já que o decisivo aqui não é o comportamento de cada um, mas sim "a posição de cada sujeito diante da proteção do bem jurídico".

Na omissão imprópria, a coautoria é também impossível, pois cada qual responde por seu dever de agir.[129] Assim, se pai e mãe se põem de acordo em deixar de alimentar o filho para que este morra à míngua, cada qual tem sua responsabilidade derivada de seu próprio dever de garantidor. Tanto é assim que se alguém, como um vizinho, por exemplo, que não tem a posição de garantidor, também se omite, responderá apenas por omissão de socorro, jamais pelo homicídio. Isso mostra que é

da posição de garantidor que vem a condição de autor, não de eventual ajuste subjetivo, completamente incompatível com a hipótese. O mesmo se diga das situações de decisões empresariais colegiadas, por exemplo, de deixar no mercado um veículo que tem defeito de fabricação. Cada qual votante na assembleia tem sua própria condição de garante, que não se relaciona com a posição dos demais. Tanto que, se alguém foi voto vencido na reunião, pretendendo o *recall* dos veículos, deve ser inocentado pelo princípio de culpabilidade. Do mesmo modo que se, depois de ajustado pela mãe e pelo pai o abandono à míngua do bebê incapaz de alimentar-se sozinho, a mãe desiste e pretende alimentá-lo, sendo impedida mediante força física pelo pai, ela deixará de responder pelo eventual homicídio.

1.5.4 Autoria incerta e colateral

Excepcionalmente, fala-se ainda de *autoria colateral*, quando duas pessoas, sem conhecerem uma a intenção da outra, praticam o mesmo fato. Por exemplo: A e B disparam, ao mesmo tempo, contra C, objetivando matá-lo, sem que um soubesse da intenção do outro. Responderão ambos por homicídio, se ambos os disparos foram causa da morte. Se a vítima morreu em face dos disparos de um só, o outro responde por tentativa de homicídio. Não havendo possibilidade de precisar qual dos disparos provocou a morte, o princípio *in dubio pro reo* faz com que ambos respondam apenas pela tentativa.[130]

De outro lado, identificam-se como casos de *autoria incerta* aqueles nos quais várias pessoas concorrem para a promoção do mesmo resultado delitivo, em unidade de desígnio, e não é possível identificar objetivamente qual das diversas contribuições havidas para o resultado foi efetiva em sua consecução. Assim, por exemplo, se várias pessoas se reúnem para agredir um terceiro, como em um linchamento, todos responderão igualmente pelo resultado final da agressão, qualquer que seja, mesmo que objetivamente apenas uma pequena parcela da agressão tenha derivado objetivamente de sua atitude.

1.6 Conceito e natureza da participação

O partícipe é aquele que contribui para o crime alheio.

Parece correta a opinião de que a participação é uma forma de ampliação da responsabilidade penal,[131] onde se assume o conteúdo do injusto do fato principal.[132] A ação do partícipe, isoladamente, em geral, não é incriminada. Ela é acessória[133] em face da conduta do autor e recebe a carga penal desta. Conforme bem refere Muñoz Conde, "a participação em si mesma não é nada mais que um conceito de referência que supõe sempre a existência de um autor principal em função do qual se tipifica o fato cometido".[134]

São partícipes as pessoas que não dão propriamente azo à realização do delito, mas contribuem, colaboram, ou ajudam, o autor a realizar o crime.

O foco de distinção entre participação e autoria está na relação de subordinação existente na figura do partícipe em face do autor. Enquanto o autor tem *domínio do fato*, o partícipe é apenas acessório, dependendo sempre da decisão derivada do autor. Daí que haja a situação de dependência e acessoriedade da participação em face da autoria.

Essa condição de acessoriedade da participação em face da autoria é explicada de modo diverso por três teorias.

A teoria da *acessoriedade extrema* sustenta que a punibilidade do partícipe resta condicionada à punibilidade do autor. Ou seja, para que haja punibilidade do partícipe, o autor deve ter realizado ação típica, antijurídica e culpável. Faltando um desses elementos para configurar o crime do autor, o partícipe não responde. Essa era a teoria utilizada pelo direito penal alemão até o fim da Segunda Guerra Mundial.[135]

A teoria da *acessoriedade* **mínima** defende que a punibilidade do partícipe resta condicionada à realização, por parte do autor, de uma ação típica. Ou seja, esta levaria a resultados absurdos, porque a presença de uma causa de exclusão de antijuridicidade ou de culpabilidade que favoreça o autor não se comunicaria ao partícipe, assim, quem açodasse a outro, para que atuasse em legítima defesa, agredindo terceiro, responderia pela ação, enquanto que o agressor, não.

Finalmente, a teoria da *acessoriedade limitada* propõe que a punibilidade do partícipe seja condicionada à realização do injusto pelo autor. Ou seja, o autor

necessita ter praticado fato típico e antijurídico. Se o autor não é culpável, mas realiza fato típico e antijurídico, quem participou responde pelo fato. Assim, por exemplo, responde quem auxilia menor de 18 anos na prática de fato típico e antijurídico. Essa é a teoria adotada atualmente pelo Direito penal espanhol e alemão e é também a teoria adotada pela legislação brasileira, a partir da reforma da parte geral do Código Penal em 1984.

1.6.1 Limites da acessoriedade da participação em face do iter criminis

A participação, justamente por ser acessória à atividade principal, depende completamente desta, pelo que não é punível por si mesma, dependendo de que o crime tenha sido, ao menos, tentado. Essa é a voz do art. 31 do Código Penal brasileiro: *"o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado"*.

Sendo assim, as participações realizadas na etapa da *cogitatio* ou dos atos preparatórios que, ao final, não se configuram em crime consumado ou em tentativa, não são puníveis.

Somente alcança relevância a participação em crimes tentados ou consumados.

Finalmente, as contribuições que ingressam na fase de exaurimento não são participação, podendo, no entanto, consistir em outros crimes, como a receptação em face do furto ou a ocultação de cadáver em face do homicídio.

A participação em crime consumado ou tentado faz com que a pena do crime que se consiga praticar seja transmitida ao partícipe.

No caso da tentativa, porém, pode acontecer a hipótese do arrependimento eficaz ou da desistência voluntária. Pode acontecer que, iniciada a execução de um crime, um dos envolvidos nela se arrependa, enquanto os demais persistem em seu intento. Nesse caso, é necessário distinguir entre as possibilidades de autores e partícipes, tendo por filtro exatamente a questão da acessoriedade.

Assim, se o arrependido é o executor, e este deixa de iniciar o crime, não haverá fato punível nem para o autor, nem para o partícipe.

Se o arrependido é o partícipe e este atua novamente no sentido de dissuadir o autor de promover o início da execução, com êxito, igualmente não remanesce responsabilidade.

Se o arrependido é o executor e, iniciada a execução, este desiste da consumação ou impede o resultado, responderá segundo a fórmula da *desistência voluntária* ou *arrependimento eficaz* (art. 15 do Código Penal), transmitindo igual responsabilidade para o partícipe.

Caso o arrependido seja o partícipe e este atue no sentido de impedir o resultado quando já iniciada a execução, mas obtenha êxito em fazer o autor desistir em pleno curso desta, responderão ambos segundo a fórmula da *desistência voluntária* ou *arrependimento eficaz*.

Finalmente, se o arrependido é o partícipe e resulta inútil seu esforço para impedir a consumação, responderá ele igualmente pelo resultado, já que, dada a acessoriedade própria da participação, o seu arrependimento não resulta eficaz.

1.7 Classificação da participação

A participação pode ser classificada em participação moral e material.[136]

1.7.1 Participação moral. Induzimento e instigação

A participação moral é aquela que interfere no psiquismo do agente, auxiliando ou moldando sua vontade. Ela se expressa sob duas formas: a *instigação* e o *induzimento*.

Instigador é aquele que age sobre a vontade do autor, incentivando a vontade preexistente no sentido da prática delitiva. Ele influencia psiquicamente o autor, porém, não tem controle algum sobre a realização que este leva a cabo.

Indutor é aquele que contamina o autor, fazendo nascer neste a vontade da prática ilícita que antes ele não tinha.

Há quem[137] trate indistintamente como *instigação* hipóteses de induzimento, fazendo incluir como tal até mesmo o homicídio mediante paga, onde parece que o contratante mantém algum *domínio do fato* a ponto de poder falar-se em coautoria.

Trata-se, aparentemente, de uma influência do Código Penal alemão, que em seu § 26 define a instigação como induzimento. Aliás, aquele dispositivo penal deixa clara a necessidade de *determinar* a realização do fato por terceiro para a configuração do que denomina *instigação*. Isso tornaria impune a hipótese de instigação enquanto mero açodamento. Talvez por questão vernacular, o certo é que o nosso dispositivo legal não adota tal sinonímia e, em obediência à disposição do art. 31 do Código Penal brasileiro, cujo texto refere: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”, parece prudente realizar a distinção. Isso porque, enquanto a instigação está expressa, o auxílio se traduz na cumplicidade, a determinação, no induzimento, e o ajuste, na coautoria. Assim, creio que no âmbito da doutrina brasileira, é necessário distinguir entre induzimento e instigação, porque não se trata de mera questão terminológica, mas de um dado que tem influência nos limites da punibilidade da participação.

O induzimento ou a instigação devem reunir algumas características para serem reconhecidos como formas de participação capazes de gerarem responsabilidade penal: devem ser prévios ao fato criminoso praticado pelo autor e devem ser eficazes, ou seja, ter gerado efeitos no que tange à decisão quanto à realização do delito.

1.7.2 Participação material. A cumplicidade ou auxílio

A participação material é a cumplicidade, e se expressa sob forma de auxílio material para a prática delitiva. *Cúmplice* é quem contribui para o crime prestando auxílio ao autor ou partícipe, sem, no entanto, partilhar do domínio do fato.

Esse auxílio pode ser relativo aos meios ou aos modos de execução do delito. Em geral, se trata de fornecimento de instrumentos, ferramentas, ou qualquer apoio material, mas também se aceita a contribuição intelectual,[138] na proposição dos meios de consecução dos objetivos do autor. Por exemplo: constitui cumplicidade o oferecimento ao autor da combinação do cofre da casa que será assaltada.

Evidentemente, não se trata de uma mera contribuição causal, mas também normativa, ou seja, é preciso que haja, no mínimo, um incremento do risco derivado

da contribuição do cúmplice.

Daí que ações que em princípio podem ser vistas como *neutras*, como pode ser o ato de dar uma carona, ou o taxista que faz uma corrida, o vendedor que vende um raticida ou um facão, convertem-se em cumplicidade para o delito, na medida em que aquele que age desse modo conhece a determinação do autor e sabe que sua ação contribui, de algum modo, para a produção do resultado.[139]

1.7.3 Formas excepcionais de participação

Existem ainda formas excepcionais de participação.

Pode haver a chamada *participação em cadeia*, consistente na cooperação com a ação de um partícipe. Por exemplo, A instiga B a auxiliar C na realização de um crime ou A induz B a induzir C a matar D.[140] É perfeitamente possível, portanto, a participação de participação. A atividade contributiva para o crime pode dar-se em várias etapas, muitas das quais prévias à própria realização, desde que não haja quebra da unidade de desígnios entre os vários partícipes e o autor.

Pode ainda haver a chamada *participação sucessiva*, por exemplo, após A instigar B a matar C, D, que desconhece o anterior induzimento, instiga também B a matar C.

Nesse caso, a situação é altamente complexa e estreitamente associada à questão probatória, de modo que a responsabilidade será distribuída de acordo com a eficácia das contribuições. Nos casos de cumplicidade, os auxílios que foram efetivamente empregados para a prática do delito serão aqueles geradores de responsabilidade, os desprezados, não. No caso de induzimentos e instigações, aquelas que afetaram a decisão do autor no sentido da realização do delito serão geradoras da responsabilidade, aquelas que foram ignoradas ou desprezadas, não. Em qualquer caso, especialmente nas hipóteses de participação moral, a questão probatória resulta crucial.

1.7.4 Participação e elemento subjetivo

Essencialmente, a participação é dolosa. Na doutrina alemã, a posição é

tranquila, inclusive, por força de disposição expressa do Código Penal, em seus §§ 26 e 27, 1.[141]

A questão é particularmente evidente no caso do induzimento, pois sequer se pode cogitar, no plano lógico, a existência de um induzimento imprudente. Aquele que faz nascer no outro a ideia da prática criminosa deve, antes de tudo, ter consciência e vontade a respeito do delito. O instigador deve pretender obter do autor a realização do crime e obter o próprio resultado criminoso, de modo que chega-se a afirmar que sua conduta é orientada por um *duplo dolo*.[142]

No que tange à instigação e à cumplicidade, trata-se de classes de contribuição – a primeira, moral, a segunda física – à prática delitiva que dependem, igualmente, de dolo com relação à produção da prática delitiva, pois do contrário não se consegue a aderência própria da acessoriedade que caracteriza a participação.

Na verdade, até mesmo político-criminalmente resulta inadequado distender a responsabilização por imprudência para condutas meramente acessórias como as de participação,[143] eis que a característica central da imprudência é a quebra para com um dever de cuidado de evitação do resultado e não de evitação de que outrem possa produzir qualquer classe de resultado. Seria um adiantamento de barreiras de imputação completamente inaceitável.

Assim, não existe participação imprudente em crime imprudente – por evidente dissociação de propósitos –, já que o simples favorecimento, instigação ou indução que não pretende a produção de um resultado criminoso tampouco pode, especialmente, conduzir a um resultado igualmente indesejado pelo autor. Assim, por exemplo, aquele que comenta imprudentemente que o veículo no qual pega carona com um amigo é incapaz de alcançar certa velocidade não pode ser responsabilizado se o condutor, para provar o contrário, acelera o veículo e o excesso de velocidade produz um acidente com resultado de lesões a terceiros.

Não existe, tampouco, participação imprudente em crime doloso. Por exemplo, quando um sujeito empresta uma arma ao seu vizinho, que lhe argumenta que deve chegar mais tarde e teme um assalto, não participa do homicídio que este pratica contra sua esposa. Sua imprudência, ao emprestar a arma, não produziu, por si só, o

resultado, ao qual, outrossim, ele tampouco aderiu.

Finalmente, cumpre referir que não existe participação dolosa em crime imprudente. Se o sujeito diz a outro, que é míope, que dispare contra aquilo que o míope vê como um vulto, e o indutor vê uma pessoa, assegurando-lhe que é um javali, não é participação, mas autoria mediata de crime doloso.

O partícipe não pode ser punido por eventual excesso cometido pelo autor, porquanto não detém qualquer domínio sobre a atividade criminosa do autor,[144] resolvendo-se a questão pela regra do desvio subjetivo no concurso de pessoas, contida no art. 29, § 2º, do Código Penal.

1.7.5 Participação e omissão

A participação *comissiva* em crime *omissivo* é perfeitamente possível, já que uma pessoa que não tem o dever de agir pode coagir outra que tenha a não atuar, tanto em casos de omissão própria, quanto de omissão imprópria. Por exemplo, se alguém que está com a perna engessada, na praia, induz o seu companheiro que está são e é excelente nadador a que não socorra pessoa que está se afogando; se o paciente convence o médico a não noticiar para as autoridades públicas a doença infectocontagiosa que lhe diagnosticou. É importante perceber que, em ambos os casos, a capacidade de evitação da produção do resultado segue em mãos do omitente e, igualmente, não se transmite a ele o dever de atuação. Portanto, para aqueles que entendem aplicável ainda a teoria do domínio do fato às hipóteses de omissão, devem reconhecer que o *domínio a respeito da atuação e evitação do resultado* está com os autores das omissões, os partícipes apenas atuam acessoriamente. Do mesmo modo, visto desde o prisma da teoria dos delitos de dever, o dever de agir não se transfere, remanescendo com o autor da omissão, cumprindo ao partícipe apenas um papel de influência na decisão omissiva, correspondente ao de partícipe e não de autor.[145]

A participação comissiva – especialmente a de caráter moral – alcança tanto as hipóteses de omissão própria quanto as de omissão imprópria, porquanto é perfeitamente possível, por exemplo, que um indutor convença o responsável por cuidar de ministrar medicamentos a um paciente moribundo que deixe de fazê-lo com

vistas a provocar sua morte.

No entanto, a participação omissiva, não existe, por absoluta falta de causalidade,[146] que é um elemento necessário na configuração do concurso de pessoas.

É importante perceber que a participação omissiva é diferente da participação em crime omissivo. Acontece que quando a omissão é do autor, é ainda possível efetuar a conexão direta entre a omissão do dever e a produção do resultado através do socorro a uma causalidade hipotética, baseada em critérios estatísticos. O mesmo não se pode dizer com relação à participação omissiva. Isso porque a subsidiariedade impõe um distanciamento entre a ação ou omissão do autor e o resultado, de modo que não é possível firmar o dever em uma causalidade que não lograria atingir sequer o grau de hipótese estatística.

1.7.6 Participação em crime especial

Resulta admissível a participação em crime próprio de pessoa que não goza da especial qualidade do sujeito ativo, especialmente sob a forma de participações morais (instigação e induzimento). Por exemplo: a esposa do médico que o convence a deixar de notificar à saúde pública a respeito de doença contagiosa por ele identificada. O mesmo se pode dizer a respeito dos crimes de mão própria, uma vez que é perfeitamente possível alguém convencer outro que minta na qualidade de testemunha em processo ou que dirija embriagado.

1.8 Autoria, participação e responsabilidade penal de pessoa jurídica

É um fato inarredável que, cada vez mais, fatos gravíssimos de intensa repercussão social têm envolvido atividades de pessoas jurídicas. Porém, classicamente, a doutrina costuma negar a possibilidade de responsabilizá-las criminalmente. Essa negação tem derivado de óbices político-criminais, criminológicos e dogmáticos. Conquanto o tema mereça, por sua importância e complexidade, um recorrido monográfico, é preciso esboçar, no mínimo, alguns pontos, com vistas a aclarar certos fundamentos discursivos.

Criminologicamente esgrime-se normalmente o argumento de que adotar a responsabilização penal de pessoas jurídicas significa dar azo a um processo de expansão do Direito penal que não se justifica. Restaria afligido o princípio de intervenção mínima, o qual determina que ao Direito penal incumbiria apenas o controle social dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento social das vítimas.

Contudo, é igualmente um dado criminológico que no mundo da modernidade reflexiva, as principais agressões, especialmente a bens jurídicos coletivos – que nem por isso deixam de ser fundamentais –, como nas graves aflições ao ambiente, por exemplo, na maior parte dos casos, envolve pessoas jurídicas, sem as quais seria impossível conseguir produzir tais crimes.[147] Ademais, nos meandros dessas mesmas pessoas jurídicas, resulta muito difícil, quando não impossível, situar a responsabilidade individual de autores e partícipes.

Sendo assim, se ao Direito penal de perfil minimalista incumbe justamente a intervenção contra os ataques mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, e estes, por vezes, são perpetrados por e através de pessoas jurídicas, não há nenhuma incongruência entre a defesa teórica da postura de sua incriminação e a defesa do postulado de intervenção mínima.

Ademais, as relações sociais são sabidamente mutantes e a preservação da ideia de intervenção mínima *obriga* à constante revisão do que representam os ataques mais graves e quais são os bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento humano, obrigando, por vezes, ao descarte de incriminações consolidadas e à identificação de novos espaços de intervenção. É necessário combater o processo de expansão do Direito penal, porém, é igualmente necessário admitir a migração de seus mecanismos de intervenção de acordo com as exigências socioculturais.

Ainda do ponto de vista criminológico, resulta no mínimo curioso que justamente onde há defesa veemente da vertente criminológica crítica, de raiz marxista, se admita uma defesa tão ostensiva do capital quanto a negação da responsabilidade penal da pessoa jurídica.[148] Afinal, admite-se que esta seja vítima, mas não autora de delito.

Convém lembrar que antes da chamada Revolução Burguesa, quando os capitalistas assumiram definitivamente o controle político do Estado e seus esquemas de controle social, existia responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Direito europeu continental. Ela cessa justamente para favorecer aos burgueses. Tanto é assim que onde a Revolução Industrial deu-se *a posteriori* da Revolução Política, houve a preservação da responsabilidade penal de pessoas jurídicas como algo normal. A referência aqui é ao direito do *common law*. Tendo a abertura política do monopólio do controle social exercido pelo príncipe iniciado em 1215 com as várias concessões políticas feitas antes mesmo e também através da *Magna Charta Libertatum*, não houve qualquer exigência de geração de privilégios para as pessoas jurídicas por parte das classes emergentes. Como a abertura do controle social monárquico se deu no continente apenas séculos mais tarde, foi impossível evitar que as exigências de liberdade não incluíssem privilégios para as corporações, já então fatores dominantes econômicos. É importante perceber que houve uma opção consciente pela proteção das pessoas jurídicas em face do mecanismo de controle social mais invasivo de que o Estado dispõe em uma flagrante contradição à ideia de igualdade perante a lei e de igualdade material, já que se distinguiu algumas pessoas como insuscetíveis de figurarem no polo ativo do fenômeno criminal, preservando, no entanto, sua condição de vítima potencial, com direito a reclamar a intervenção do Estado em sua proteção. A defesa da não responsabilização criminal da pessoa jurídica é, portanto, a defesa mais importante da imposição capitalista que brotou das teses contratualistas.[149]

Do ponto de vista político-criminal, a crítica mais comum à pretensão de responsabilização criminal de pessoas jurídicas volta-se à vertente da subsidiariedade, como parte do princípio de intervenção mínima. Argumenta-se que não é possível a utilização da pena de prisão para pessoas jurídicas e que o restante das medidas que podem ser tomadas pelo sistema criminal – restrições de direitos e multas – podem perfeitamente ser alcançadas através do direito administrativo e civil.

A primeira curiosidade dessa postura crítica é o fato de ela derivar precisamente de um setor da ciência penal que defende de modo veemente o afastamento do emprego da pena de prisão pelo Direito penal em face de sua evidente

falência.[150] Ora, se o banimento da pena de prisão se efetuar, estará extinto o Direito penal? Ou ele deverá seguir existindo, justamente pelo exercício do controle mais ingente, ou seja, nos casos de restrições de direitos mais graves ou de multas mais vultosas?

Caso o fim da pena de prisão represente o fim do Direito penal, não cabe discussão. A postura abolicionista, no entanto, sabidamente tem um caráter utópico que, por hoje, é absolutamente irrealista e inaceitável.

Por outra, se o Direito penal deverá seguir existindo, ele deverá ser mantido como *ultima ratio*, e como tal, independentemente das circunstâncias em que exista, reservado para as intervenções mais graves. Se essas intervenções mais graves estão ocorrendo dentro do Direito administrativo e do Direito civil, certamente isso não é um sintoma de que o Direito penal deva ser desprezado, mas sim um sintoma claríssimo da existência de uma fraude de etiquetas. Aquilo que se chama *Direito civil* ou *Direito administrativo*, mas que promove restrições de direitos e multas graves, certamente deverá gozar de uma estrutura de garantias absoluta, como só o Direito penal pode proporcionar. O emprego de mecanismos de inversão de prova contra o imputado, de presunções e abreviações processuais não é tolerável diante da intervenção máxima.

Nesse caso, se for afirmado que o Direito administrativo e o Direito civil gozam de tais garantias, está provada a fraude de etiquetas. Intervenção grave e garantias máximas são as impressões digitais do Direito penal. Se estaria chamando de civil e administrativo aquilo que claramente é Direito penal.

Se, ao contrário, não existirem as garantias máximas para a intervenção grave, o que existe é uma usurpação de matéria penal pelo Direito civil e pelo Direito administrativo.

Como se nota, não importa o nome que se dê, importa o conteúdo. *Sempre* será imprescindível que as intervenções mais graves – sejam quais forem – contra o indivíduo sejam acompanhadas das maiores garantias. A esse esquema se costuma denominar *sistema penal*.

Ainda que superadas as oposições de ordem criminológica e político-criminais,

é comum o surgimento de oposições dogmáticas à responsabilização penal de pessoas jurídicas. Em geral, tais oposições são centradas nos seguintes tópicos: incapacidade de ação e incapacidade de culpabilidade da pessoa jurídica.

Ambas as *oposições* são hoje, graças ao desenvolvimento alcançado pela teoria do delito, superáveis.

No que tange à ação, os mais modernos conceitos jurídico-penais de ação têm entre si o fato comum de que não são conceitos ontológicos. Especialmente quando tomada, como neste trabalho, como expressão de sentido de um tipo, a existência da ação ou omissão jurídico--penalmente relevante não depende de nenhuma expressão física. Tanto a atuação de uma pessoa física quanto a atuação de uma pessoa jurídica são capazes de configurar a expressão de sentido de um tipo.

A incongruência da adoção de um dolo igualmente ontológico, próprio do modelo finalista, igualmente exigia a presença de uma vontade que se confundia com intenção. A superação desse modelo pelo dolo como atribuição traduz hoje a expressão de um compromisso de atuar que igualmente não depende de nenhuma aportação da mente para ser reconhecido, mas sim de uma expressão de sentido da qual é igualmente capaz a pessoa jurídica.[151]

Ainda no campo da ação, há que se considerar a teoria do domínio do fato a respeito da determinação do autor. Quem detém as rédeas da efetiva realização de um fato ilícito que envolve atividade empresarial raramente chega a ser uma pessoa física, ainda que, muitas vezes, a execução se dê através delas.

Aplicado o critério do domínio do fato à autoria mediata – que configurará a maioria dos casos –, resulta que a expressão de vontade dominante é que pode dar azo à determinação da autoria, e esta, geralmente, será da pessoa jurídica e não de uma pessoa física determinada.[152]

A questão da culpabilidade como pretensão de reprovação, por outro lado, não pode ser superada como questão de dependência ontológica, ao menos, não na composição de elementos que se lhe dá a partir de uma perspectiva dogmática. Mesmo sendo a culpabilidade uma categoria do delito estritamente normativa, e ainda que já se tenha demonstrado de modo bastante evidente que as situações de

inexigibilidade de conduta diversa, como causas de exculpação, são referentes ao fato de capazes de afastar a pretensão de ilicitude, sob a forma de permissões fracas,[153] isso não é suficiente para justificar dogmaticamente o emprego da estrutura regular da culpabilidade como categoria delitiva às pessoas jurídicas.

Ao menos não enquanto admitidos como elementos da culpabilidade a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude, eis que estas são expressões de sentido próprias da pessoa humana e somente a ela atribuíveis.

É fato que, a partir de uma culpabilidade estritamente normativa, o próprio von Weber já admitia possível a responsabilização penal de pessoa jurídica.[154] Não se desconhecem, tampouco, os inúmeros intentos de estabelecer uma culpabilidade diferenciada para pessoas jurídicas.[155]

Entretanto, nenhuma proposição de um Direito penal bipartido dogmaticamente, em que o sistema muda conforme seja este ou aquele o autor do crime, parece corresponder a uma perspectiva apropriada a um Estado social e democrático de direito. Assim, penso que não é o caso de adotar-se uma culpabilidade diferenciada e exclusiva para pessoas jurídicas.

Por outra, é também certo que a reação do sistema penal não depende, em 100% dos casos dessa pretensão de reprovação pessoal. Isso porque medidas de segurança e medidas socioeducativas (aplicadas na área da infância e juventude) são também medidas derivadas do sistema penal. Por muito que se queira maquiá-las, sustentando que servem ao desenvolvimento do caráter das crianças e adolescentes e que são medidas sanitárias dirigidas aos enfermos mentais, as medidas (sejam socioeducativas ou de segurança) são matéria efetivamente penal, porque essencialmente vinculadas e dependentes, em sua própria existência, da ocorrência do ilícito. A afirmação do ilícito dissociada da pretensão de reprovação impede apenas a imposição de pena e não a intervenção do sistema penal. O fulcro, disfarçado no caso das crianças e adolescentes, e explícito no caso dos portadores de enfermidades mentais, é a periculosidade.

Nesse ponto, resulta imperioso reconhecer que a atuação de uma pessoa jurídica envolvida em um ilícito penal costuma ser bastante mais perigosa que o envolvimento

de um inimputável.

Daqui resultam duas opções possíveis. A primeira é entender que não é possível o emprego de medidas de segurança para contrapor-se à prática de ilícitos por pessoas jurídicas e igualmente afastar a discussão sobre a prática de ilícitos como requisito para a aplicação de medidas socioeducativas e de medidas de segurança para os portadores de enfermidades mentais, transferindo a discussão de modo completo e efetivo para o âmbito sanitário e educacional, completamente extrajurídico, quando não, ao menos, fora do Direito penal. A segunda é continuar antepondo o ilícito como requisito indeclinável para as medidas de segurança em face de critérios de periculosidade e proporcionalidade, aplicando-os indistintamente aos adolescentes, aos inimputáveis e às pessoas jurídicas. Qualquer terceira opção mesclando as anteriores peca, de início, de uma flagrante incongruência.

2 SUJEITO PASSIVO DO DELITO

O sujeito passivo do delito será o titular do bem jurídico afligido pela prática criminosa.

Ao contrário do que acontece na atribuição de responsabilidade penal, quanto a figurar a pessoa jurídica no polo passivo do fenômeno criminal, existe uma unanimidade: todos admitem que a pessoa jurídica possa ser sujeito passivo de crime. Alguns admitem até que ela possa ser titular de alguns bens jurídicos em certa medida espiritualizados, como a honra.[156]

Nota-se claramente que a defesa dos interesses capitalistas da pessoa jurídica está em perfeita ordem.

Igualmente, é admitido que o sujeito passivo do delito possa ser o Estado, como no caso dos crimes contra a administração pública, por exemplo, ou até mesmo um sujeito tão indefinido ou fluido como *a coletividade*, no caso dos crimes contra o ambiente, *a sociedade*, no caso dos crimes contra a paz pública, por exemplo.

As situações de delitos afligindo bens jurídicos individuais homogêneos levou a doutrina[157] a denominar *sujeitos passivos-massa* aqueles que sofrem, por exemplo, com a venda fraudulenta de loteamentos irregulares, ou com crimes econômicos como

o *dumping*, por exemplo, ou ainda, crimes contra os consumidores, como a propaganda enganosa. Trata-se de um conceito empregado para designar vários sujeitos passivos individuais, vítimas de idênticos delitos patrimoniais, cometidos pelos mesmos autores, ao largo do tempo em diferentes lugares.

2.1 A vitimologia e a vitimodogmática

No dizer de Silva Sánchez,[158] a vitimologia é a ciência que estuda a vítima do delito e, dentre as disciplinas que de um modo ou outro se ocupam do fenômeno delitivo, é a que possui desenvolvimento mais recente.

A vítima, um dos atores do drama delitivo, até há pouco tempo não tinha destaque em estudos específicos. Anota Luzón Peña[159] que o impulso nos trabalhos desse campo partiu da 1ª conferência internacional sobre Indenização às Vítimas inocentes de atos de violência (Los Angeles, 1968), do I Symposium Internacional sobre Vitimologia (Jerusalém, 1973) e do XI Congresso Internacional de Direito penal (Bucarest, 1974). Para Silva Sánchez,[160] o marco inicial do estudo vitimológico é mais remoto e remete aos trabalhos de Von Hentig,[161] o qual, rompendo com a estrutura clássica do estudo criminológico, reorientou a busca de explicação do fenômeno delitivo desde um estudo unilateral, apenas do criminoso, para um estudo interativo, tendo em conta as relações entre autor e vítima. A ideia deriva da necessidade de abandonar uma visão de que o crime é um fenômeno que relaciona unicamente o criminoso com o Estado repressor. A pretensão é de incluir a vítima nesse fenômeno, passando a estudá--lo a partir do tríduo relacional entre autor, vítima e Estado.

Noticia-se que os primeiros estudos que fizeram notar a necessidade de ter em conta o comportamento da vítima em relação ao delito foram casos de estelionato, onde, com frequência, a própria vítima segue um afã de obter indevida vantagem, que é justamente o que a atrai para o delito.[162]

Com efeito, se desenvolveu a partir de então um crescente interesse na participação da vítima em todo o desenrolar do trabalho penal relacionado ao evento delitivo.

Os estudos se ocupam desde o momento do acontecimento inicial chamado *vitimização primária*, tratando do envolvimento da vítima no fato delitivo, até a *vitimização secundária*, que cuida dos aspectos que seguem afetando a vítima em todo o curso do procedimento penal.

Do estudo da vitimização primária inclusive derivou a vitimodogmática, que "trata de examinar até que ponto (e em que termos) o reconhecimento da existência – em alguns delitos – de vítimas *corresponsáveis* pelo delito pode influir – em sentido eximente ou atenuante – na responsabilidade criminal do autor".[163]

Trata-se do estudo dogmático dos elementos de influência da vítima no delito, como a questão do consentimento, o risco consentido e a maior ou menor necessidade ou merecimento de proteção da vítima, que cobra equilíbrio com a maior ou menor necessidade de intervenção contra o autor. Os temas de imputação objetiva e mesmo as considerações sobre coculpabilidade em crimes de vitimização difusa guardam direta conexão com o tema da vitimologia. Especificamente no Código Penal brasileiro, foram acolhidos dispositivos onde a antijuridicidade,[164] a tipificação concreta[165] e a própria fixação da pena[166] restam flagrantemente influenciados pela interferência da vítima. Todos esses tópicos obedecem uma *premissa maior*, qual seja, a de que

> "carece de sentido uma intervenção sancionadora do Direito penal quando a conduta do autor, em si mesma considerada, não contém um perigo relevante de lesão de bens jurídicos, mas adquire tal caráter perigoso somente como consequência de determinado comportamento da vítima".[167]

Elena Larrauri[168] oferece um conceito, afirmado que a vitimodogmática é o conjunto de análises dogmáticas dos penalistas pondo em relevo todos os aspectos em que a vítima é ou deve ser considerada. Para Roxin,[169] ela é a teoria criminológica que estuda a influência da vítima na delinquência.

Segue crescendo a tendência de debate sobre a vitimodogmática, existindo inclusive propostas no sentido de uma completa análise dogmática a partir da perspectiva da vítima, como anota Gerardo Landrove Díaz.[170] As tendências a

respeito de até onde se pode ir com a interferência do papel da vítima na dogmática são agrupadas por Silva Sánchez,[171] basicamente, em duas: uma, moderada, capitaneada por Hassemer, que entende que a influência da vítima deve limitar-se a questões relacionadas com a aplicação da pena,[172] não devendo interferir na tipicidade, salvo diante de expressa previsão legal e outra, mais extremada, entendendo que se pode chegar, através de considerações a respeito da atuação da vítima, à completa isenção de responsabilidade penal do autor, dada a existência de certos deveres de autoproteção de parte da vítima. Na verdade, é essa perspectiva que leva alguns autores à inserção de considerações a respeito da autocolocação em perigo por parte da vítima como forma de exclusão da imputação objetiva.[173]

As teses mais radicais têm recebido críticas de ordem político-criminal, no sentido de que a adoção de um critério amplo de autorresponsabilidade da vítima geraria um clima de insegurança nas pessoas, produzindo como efeito um catastrófico resultado de busca de soluções do conflito penal através da iniciativa individual, sem interferência do Estado.[174]

O aprofundamento no estudo da vitimologia, na América Latina, tem levado a posições como a de Bustos Ramírez,[175] que sustenta que há que se reconhecer a capacidade das partes para solucionar seus conflitos. Nesse sentido, o processo penal há de ser um cenário que possibilite o encontro entre o autor e sua vítima e sua reconciliação, sem desdenhar uma gestão reparatória mesmo que seja simbólica.

Com respeito a estes últimos comentários cumpre manter algumas reservas. Inclusive, convém lembrar que o Estado maneja o Direito penal justamente como um instrumento que surge em contraposição à possibilidade da vingança privada. Claro que há casos em que é possível o ajuste entre réu e vítima, porém, cremos que nesses casos resulta mais funcional a adoção de um processo civil ou administrativo. Em atenção à característica de última *ratio* do direito penal, é preferível descriminalizar esses casos particulares. De nossa parte cremos que dentro de um Estado social e democrático de direito, a função do Estado em matéria penal é a de neutralizar a intervenção da vítima no processo. Mas isso independentemente de que o Estado possa desenvolver políticas sociais que atendam à vítima em assuntos de assistência

reparatória. Só assim cremos adequada uma política de Estado dirigida à vítima.

> "Os serviços sociais, por exemplo, podem ter que se ocupar das sequelas de um assalto a uma pessoa idosa; o Município tem que reparar as portas de um assalto em uma casa; as casas de acolhida de mulheres maltratadas devem fazer frente aos temores das vítimas. De modo que nossa medida de êxito – o fracasso em tal caso – não se refere unicamente aos níveis de criminalidade, senão aos níveis de ajuda proporcionada à vítima."[176]

Afinal, o Estado compõe uma verdadeira instância hipoteticamente neutra que relega a um plano secundário, no Direito penal, a relação entre autor e vítima.[177]

O Direito penal chamado "moderno" corresponde mais com um Direito penal a pedido do consumidor. Entre uma de suas facetas está a presença da vítima no processo e sua capacidade na solução do conflito penal. Se for assim, a função do juiz corresponde à de um simples árbitro. Certamente isso não sucederia se o Direito penal correspondesse a um Direito penal mínimo, situação em que estaria neutralizada a presença da vítima com capacidade de solução do conflito penal.

Em resumo, aparece como útil o estudo do papel da vítima no fenômeno delitivo, mas este não deve subtrair o protagonismo ao Estado na operação dos mecanismos de controle, a ponto de sublimar seu papel de mediador.

---

[1] Parte da doutrina no Brasil tem qualificado também de *bi-próprios* os crimes que exigem uma pessoa determinada na condição de autor e também uma pessoa determinada na condição de vítima. (Cf., por exemplo: GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 526). A classificação, a par de inútil, desvirtua a própria razão de ser do crime próprio, que é a uma classificação referida à autoria, e que tem relação com a questão da comunicabilidade das circunstâncias. Não há sentido algum nessa adição. Daí a opção por mencioná-la apenas em nota.

2 Não se descura a polêmica que se instaura a respeito da possibilidade ou não de coautoria em crime de mão própria. Alguns autores, como Luiz Flávio Gomes (GOMES, Luiz Flávio e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*.... cit., v. 2, p. 526-527), sustentam ser possível no exemplo do infanticídio em que um terceiro agarra firme a criança para que a mãe dê cabo de sua vida. Nesse caso, sem dúvida, aparece a situação de divisão de tarefas, além do que, as circunstâncias que qualificam a mãe são pessoais, pelo que, a teor da regra do art. 30 do Código Penal, devem comunicar-se aos demais participantes do crime. Acontece que, como bem observava Hungria (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. V, p. 266), a condição de *estado puerperal*, que é elemento do tipo, é própria da mulher em relação aos distúrbios hormonais que sofre, sendo circunstância incomunicável. O tema é polêmico e discutido especificamente em face desse crime.

3 Art. 211. Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena – reclusão, de a três anos, e multa.

4 Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

5 Art. 349. Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxíl destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena – detenção, de um a seis meses, e multa.

6 Art. 348. Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que cominada pena de reclusão: Pena – detenção, de um a seis meses, e multa.

7 Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expr em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral.* 13. ed. S Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 435-436.

9 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral.* 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 268-369.

10 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal. Parte geral*. 15. ed. revist atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 260-261.

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 13. ed., p. 436-437. Efetivamente existe o protesto, já bastante antigo, de Basileu

Garcia. *Instituições de Direito penal*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. I, t. I, p. 384.

12 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 13. ed., p. 437.

13 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 384.

14 Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

15 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 260.

16 Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

17 Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. [...] § 2º Se o homicídio é cometido: [...] II – por motivo fútil.

18 Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II – ter o agente cometido o crime: [...] f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

19 Art. 348. Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que cominada pena de reclusão: Pena – detenção, de um a seis meses, e multa. [...] § 2º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

20 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 382-383.

21 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de *Direito Penal. Parte geral:* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 133.

22 Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim cometer crimes.

23 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 1. 13. ed., p. 415.

24 Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. **Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido**.

25 Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

26 Cf.: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. vol. 1 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; BRANDÃO, Cláudio*Curso de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008; DOTTI, René Ariel. Apresentação In: LEITE, Alaor.*Domínio do fato ou domínio da posição?*: autoria e participaçãono direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016; FRAGOSO, Heleno Cláudio*Lições de direito penal*. Parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995; MESTIERI, João*Manual de direito penal*. Parte geral. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 199-200.

27 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*... cit., p. 446

28 Idem, p. 446.

29 Idem, p. 446.

30 Idem, pp. 446-447.

31 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*... cit., p. 269

32 Idem, p. 269.

33 Idem, p. 269

34 Idem, p. 269.

35 Idem, p. 269.

36 DOTTI, René Ariel. *Apresentação*...cit., p. 12.

37 Idem, p. 12.

38 Idem, p. 12.

39 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*...cit., p. 251.

40 Idem, p. 251. Também MESTIERI, João. *Manual de direito penal*...cit., p. 200.

41 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*...cit., p. 251.

42 Idem, p. 251.

43 MESTIERI, João. *Manual de direito penal*... cit., p. 199.

44 Idem, p. 200.

45 LEITE, Alaor. *Domínio do fato ou domínio da posição?*: autoria e participação n direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016. p 34.

46 Idem, p. 34.

47 Idem, p. 34.

48 GRECO, Luis, TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: un introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no Direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al*Autoria como domínio do fato:* estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 51.

49 Idem, p. 51.

50 GRECO, Luís (et alii) *Autoria como domínio do fato:* estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direitopenal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014 p. 13.

51 LEITE, Alaor. *Domínio do fato ou domínio da posição?...* cit., p. 34.

52 GRECO, Luís et al. *Autoria como domínio do fato...* cit., p. 13.

53 LEITE, Alaor. *Domínio do fato ou domínio da posição*?... cit., p. 34.

54 MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 446.

55 A essas distinções também referem, por exemplo: BITENCOURT,*Tratado de direito penal*...cit., 449-451; GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. *Parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 509-513; SANTOS, Juarez Cirino dos*Direito penal*. *Parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008, pp. 357-361.

56 Nesse sentido LEITE, Alaor. Domínio do fato ou domínio da posição?... cit., p. 3

57 KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. 3. ed. Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi São Paulo: Ícone, 2011. p. 522.

58 Idem, p. 521.

59 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tira lo Blanch, 2011. p. 489.

60 Trata-se dos arts. 124 e 126 do Código Penal brasileiro: Art. 124. Provocar abor

em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos. Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos.

61 Trata-se dos arts. 317 e 333 do Código Penal brasileiro: Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

62 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 446.

63 A doutrina, em geral, por vezes mescla, nas classificações apresentadas, as teorias que visam diferenciar autor e partícipe com aquelas que visam estabelecer como se dá a tipicidade do concurso de pessoas. Aqui, a apresentação é apenas das teorias que procuram diferenciar autor de partícipe. A questão da tipicidade é abordada em tópico à parte.

64 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 270.

65 Da mesma opinião: ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejando; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 771-772.

66 BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal. Parte Geral*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 217. O caso Staschynskij é também referido por Figueiredo Dias em DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte Geral I*: *questões fundamentais e doutrina geral do crime*. São Paulo-Coimbra: Revista dos Tribunais-Coimbra Editora, 2007, p. 765.

67 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*… cit., 5. ed., p. 448.

68 Assim, por exemplo, no REsp 1266758/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, 5ª T., julgado em 6/12/2011, *DJe* 19/12/2011; no HC 191.444/PB, Rel. Ministro OG FERNANDES, 6ª T., julgado em 6/9/2011, *DJe* 19/9/2011; e no REsp

1068452/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª T., julgado e 2/6/2009, *DJe* 29/06/2009.

69 Algum autor não enxerga problemas na questão de manter como partícipe o execu do crime por encomenda e entende que ela se ajusta bem a estados psíquicos, razão pela qual segue dominante na jurisprudência alemã. Assim: SANTOS Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 359.

70 Considerada por alguns como "a primeira tentativa científica de distinguir autor e partícipe". SANTOS, Juarez Cirino dos.*Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 357. Juarez Cirino dos Santos denomina essa teoria de "conceito restritivo de autor".

71 Defendendo essa teoria: BRANDÃO, Cláudio.*Curso de Direito penal*... cit., p. 272, MIRABETE, Julio Fabbrini.*Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. 1, p. 231.

72 FRANK, Reinhard.*Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*. 18. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931. p. 103.

73 Nesse sentido: MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. 3. ed. Trad. de Jo Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957 t. II, p. 286 ss.

74 É a solução dada por Heleno Cláudio Fragoso.*Lições de Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 253-254.

75 Nesse sentido a crítica de Kristian Kühl.*Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6. ed. München: Franz Vahlen, 2008. p. 650. Juarez Cirino dos Santos critica também nessa teoria, a falta de explicação para a coautoria, nada mencionando sobre a coautoria executiva direta e a coautoria executiva parcial. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 358.

76 O exemplo é de Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 35

77 As referências a Hegler aparecem em ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hech en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 81; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 82.

78 Cf. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Teoria do domínio do fato*... cit., p. 83.

79 Cf. Idem, p. 83.

80 Cf. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*...cit., p. 81; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fat Sobre a distinção entre autor e participe no Direito penal. In: GRECO, Luís et a *Autoria como domínio do fato:* estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21.

81 Cf. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*... cit., p. 82; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Teoria do domínio do fato*... cit., pp. 83-84.

82 Cf. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Teoria do domínio do fato*... cit., p. 84.

83 ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*... cit., p. 83; SILV Pablo Rodrigo Alflen da. *Teoria do domínio do fato*... cit., p. 84.

84 Veja-se o desenvolvimento completo da distinção em WEBER, Hellmuth von *Lineamientos del derecho penal alemán*. Trad. de Leonardo G. Brond, Buenos Aires: Ediar, 2008. pp. 68-76. Veja-se comentários a respeito em ROXIN Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*... cit., p. 84; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Teoria do domínio do fato*... cit., p. 85.

85 SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Teoria do domínio do fato*... cit., p. 85.

86 GRECO, Luís, LEITE, Alaor. *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato*. cit., p. 21

87 ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*... cit., pp. 84-85; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Teoria do domínio do fato*... cit., p. 85.

88 WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenchaft,* nº 58, 1939. p. 491. Existe tradução para o espanhol, publicada como: WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho penal*. Trad. de Gustavo Eduardo Abso e Tea Löw. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2002. p. 88. A expressão *domínio do fato*, porém, foi utilizada antes ainda por Hegler em sua monografia intitulada *Os elementos do delito*, publicada em 1915. Cf. ROXIN Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons 2000. p. 81.

89 Defendendo essa teoria, entre muitos outros: JESCHECK, Hans-Heinric WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002. p. 701; MAURACI Reinhard; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General 2*.

Trad. de Jorge Bofill Genszch. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 314 ss STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible* Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thompson Civitas, 2005. p. 314 ss; BOCKELMANN, Paul; VOLK, Claus. *Direito penal. Parte Geral*... cit., 2007. p. 218 ss; e MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍ ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 433 ss. No Brasil, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 1, 13. ed., p. 421; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 361; ZAFFARONI, Eugenio Raul PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro. Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 573; MESTIÉRI, João *Manual*... cit., p. 202.

90 ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejando; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 774.

91 Trata-se de Claus Roxin. *Täterschaft und Tatherrschaft.* München: C. H. Beck 1994, cuja primeira edição data de 1963. Há tradução em espanhol: ROXIN Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*… cit., 2000.

92 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... c p. 702.

93 Roxin menciona: "a análise do estado atual da teoria do domínio do fato [...] alcançou uma imagem confusa. Essa teoria indubitavelmente conseguiu deslocar para um segundo plano as demais teorias da participação. Hoje, quase não há autores que não trabalhem de uma forma ou outra com a teoria do domínio do fato. Mas, por outro lado, não se alcançou clareza alguma acerca do que se deve entender concretamente pelo 'domínio do fato'; na verdade – desde as questões dogmáticas básicas e de teoria jurídica aos resultados práticos – entre os partidários desta teoria discute-se quase tudo". ROXIN, Claus. *Autoría y domínio del hecho*... cit., p. 129.

94 ROXIN, Claus. *Autoría y domínio del hecho*... cit., p. 130.

95 Cf. ROXIN, Claus. *Autoría y domínio del hecho*... cit., p. 385.

96 ROXIN, Claus. *Autoría y domínio del hecho*... cit., p. 385 ss.

97 Cf. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, Willia Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro. Parte Geral*. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 539.

98 ROXIN, Claus. *Autoría y domínio del hecho*... cit., p. 569.

99 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 271. Aliás, essa é a razão que faz com que Cezar Bitencourt entenda que a teoria do domínio do fato só se aplica aos crimes dolosos. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 1, 13. ed., p. 422. Na verdade, tomada como domínio *final* do fato, efetivamente, não é possível, no sentido *welzeliano*, alcançar os crimes imprudentes. Entendo, porém, que o domínio do fato não se refere exclusivamente ao controle sobre o resultado, mas precisamente o controle sobre a criação da fonte de risco, razão pela qual não vejo impedimento da aplicabilidade da teoria aos delitos imprudentes.

100 Propondo requisitos adicionais à fórmula inicial de Welzel, veja-se: STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*... cit., p. 314-317.

101 ROXIN, Claus. *Autoría y domínio del hecho*... cit., p. 385.

102 Veja-se BUSATO, Paulo César e CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio d fato e o Código penal brasileiro. *DELICTAE: Revista de Estudo Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 83-132, jun. 2017. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/21>. Acesso em: 19 out. 2017. doi: https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i2.21, especialmente pp. 119 e ss.

103 Veja-se, a respeito: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho*...cit., p. 723 ss; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes *Derecho penal. Parte General*… cit., 8. ed., p. 450-453.

104 Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. Tratado de Derecho penal cit., p. 702; ZAFFA-RONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henriq *Manual de Direito penal brasileiro*... cit., p. 573; MESTIÉRI, João *Manual*... cit., p. 202; BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumer Juris, 2004. p. 77.

105 O exemplo aparece em Hans WELZEL. *Derecho penal alemán.* 4. ed. Trad. de Ju Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile 1997. p. 122, referindo à dose exagerada de morfina.

106 Assim, por exemplo, opinam Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núnez Paz William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito. *Direito Penal brasileiro*...

cit., p. 546.

107 Trata-se do Capítulo 12 deste livro.

108 Assim, por exemplo, em Fernando Galvão. *Direito penal. Parte Geral.* 4. ed. Ric de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 516; BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal. Parte Geral.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 490. Muñoz Conde, em uma rara passagem reticente de seu famoso Manual, diz apenas que o autor mediato se serve de outra pessoa "geralmente não responsável". MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Merced *Derecho Penal. Parte General...* cit., 5. ed., p. 450. O brilhante penalista espanhol evita uma posição radical sobre o tema, ciente da distensão da questão. No Brasil, referindo também que as formas*principais* de autoria mediata são hipóteses de intrumentalização de terceiros que não autuam conscientes do que fazem ou em situação de inculpabilidade, deixando no ar a sugestão sobre a possibilidade da autoria mediata com sujeito instrumentalizável culpável: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 363.

109 O conhecido caso Eichmann é o que trata do julgamento em Israel do criminoso d guerra nazista Adolf Otto Eichmann, quem, como tenente-coronel das SS nazistas, foi o grande responsável pela logística de extermínio de milhões de pessoas durante o Holocausto, em particular dos judeus, que foi chamada de "solução final" (Endlösung), organizando a identificação e o transporte de pessoas para os diferentes campos de concentração, sendo por isso conhecido frequentemente como o executor-chefe do Terceiro Reich. O caso retrata uma situação em que Eichmann, embora fosse detentor da tomada de decisões, igualmente era reconhecido como peça de uma engrenagem montada no sentido da eliminação de pessoas.

110 ROXIN, Claus. Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, p. 193-207.

111 Durante a separação das Alemanhas (oriental e ocidental) Berlim foi separada po um Muro, onde permaneciam vigilantes guardas de fronteira. Na Alemanha oriental, as ordens para esses guardas eram dadas pelo art. 89 do Regulamento de Serviço 30/10 do Ministério da Defesa Nacional, de 1967, que determinava que a patrulha de vigilância da fronteira estatal tinha a missão de impedir que qualquer pessoa cruzasse a fronteira, podendo, para tanto, deter provisoriamente ou inclusive abater os que tentassem fazê-lo. Nesse contexto, igualmente os

atiradores eram agressores que encontravam-se incrustrados em um aparato de poder organizado. O BGH condenou os soldados fronteiriços como autores de homicídio, mas, apesar disso, condenou também os membros do Conselho de Defesa como autores mediatos.

112 Para um panorama resumido do estado da questão por Roxin, veja-se Claus Roxin Dominio de la organización y resolución al hecho. *La teoría del delito.* Trad. de Manuel Abando Vásquez. Santiago: Grijley, 2007. p. 513 ss; sobre as diversas soluções propostas para a questão, tomando por pano de fundo o caso Fujimori/Montesinos, onde a Corte peruana adotou a teoria de Roxin, veja-se a coletânea organizada por Kai Ambos e Iván Meini. *La autoría mediata.* Lima: Ara, 2010.

113 ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho*... cit., p. 270.

114 O qual aparece em Claus Roxin. Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Tätterschaft. *Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht*, nº 125, 2007, p. 1 ss.

115 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados en ‹organizaciones no desvinculadas al Derecho›? *Revista Penal,* nº 6. Barcelona: La Ley, 2000. p. 111 ss.

116 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 362; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 1, 13. ed., p. 423-424; MAURACH, Reinhard; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General 2*... cit., p. 329; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro*... cit., p. 560.

117 Nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 723.

118 Nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 723; MAURACH, Reinhard; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General 2*... cit., p. 342.

119 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 367. Sustenta ainda ser essa a posição dominante, citando a Reinhard Maurach, Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte General 2*... cit., p. 367.

120 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v.

13. ed., p. 429.

121 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 1, 13. ed., p. 430.

122 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 13. ed., p. 430. Com efeito, assim manifestam Manuel Cobo del Rosal e Tomás Vives Antón. *Derecho penal. Parte General*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 753; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 392. Contra, porém, reconhecendo ser posição minoritária: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fern PRATS CANUT, Miguel. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997. p. 499.

123 O comentário está em Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 1, 16. ed., p. 497. No entanto, por exemplo, Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 369, considera a coautoria em crime imprudente impossível do ponto de vista conceitual e desnecessária do ponto de vista prático.

124 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro. Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 573: "[...] devemos destacar que o critério do domínio do fato rege-se por aspectos tanto objetivos quanto subjetivos, posto que o senhorio do autor sobre o curso do fato é proporcionado tanto pela forma em que se desenvolve a causalidade em cada caso como pela direção que é imprimida a ela, não devendo ser confundida com o dolo, porque dolo também há na participação (o cúmplice e o instigador agem com dolo), sem que haja domínio do fato".

125 Jescheck e Weigand sustentam que existe, nesse exemplo, autoria colateral. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 705.

126 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 369.

127 Defendendo a possibilidade: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*... cit., p. 372; JES-CHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 733; MAURACH, Reinhard; GÖSSEL, Karl Hein ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General 2*... cit., p. 390. Admitindo apenas na omissão imprópria ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho*... cit., p.

509-510. Contra a admissibilidade: TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. de 1996, p. 153.

128 Cf. TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos... cit., 153. O autor cita o exemplo de Armin Kaufmann, sustentando tratar-se de uma forma especial de autoria colateral: "*Se 50 nadadores assistem impassíveis ao afogamento de uma criança, todos terão se omitido de prestar-lhe salvamento, mas não comunitariamente. Cada um será autor do fato omissivo, ou melhor, autor colateral de omissão*".

129 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 1, 13. ed., p. 431.

130 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal. Parte Geral*.... cit., v. 1, 13. ed., p. 432-433.

131 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 272.

132 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 373. Na verdad essa posição, hoje francamente dominante na doutrina, foi cunhada originalmente por Wilhelm Gallas, com o nome de teoria modificada da produção ou teoria da produção orientada à acessoriedade (*akzessoritätsorientierte Verursachungstheorie*).

133 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*… cit., 5. ed., p. 447.

134 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*… cit., 5. ed., p. 447.

135 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 1, 13. ed., p. 428.

136 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 273.

137 Assim: SANTOS, Juarez Cirino dos*Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 375; também Cezar Roberto Bitencourt.*Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 1, 13. ed., p. 425.

138 FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, Will Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro*... cit., p. 556.

139 Veja-se, a respeito, comentário crítico às chamadas *ações neutras* em Busato,

Paulo César. *Fatos e mitos sobre a imputação objetiva.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 113-115.

140 Nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. Tratado Derecho penal...cit., p. 739.

141 *StGB § 26 Anstiftung Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.* (Tradução livre: § 26. Instigação (indução a delinquir): Assim como o autor, será castigado o instigador. Instigador é quem tenha determinado dolosamente outro à comissão de um fato antijurídico). *StGB § 27 Beihilfe(1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat*. (Tradução livre: § 27. Cumplicidade (1) Como cúmplice será castigado quem tenha prestado dolosamente ajuda a outro para a comissão de um fato doloso antijurídico).

142 Max Ernst Mayer já afirmava que: "dois resultados são característicos da instigação, que o autor tome a decisão criminosa, é o primeiro, que o leve a cabo, o segundo. Justamente por isso é o conteúdo do dolo do instigador de maior alcance do que o do autor: como este, refere-se ao resultado típico, mas, ademais, que este resultado seja levado a cabo pelo destinatário, por meio da decisão convertida em fatos". MAYER, Max Ernst.*Derecho penal. Parte General.* Trad. de Sergio Politoff Lifschitz, Montevideo – Buenos Aires: BdeF 2007, p. 488.

143 Com a mesma opinião: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de*Direito Penal brasileiro*... cit., p. 561.

144 Em sentido semelhante: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral* cit., p. 377.

145 Em sentido contrário, pretendendo reconhecer, nas hipóteses de participação comissiva em delito omissivo, um caso de autoria mediata, no Brasil: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro*... cit., p. 558.

146 No exato sentido do texto: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 1, 13. ed., p. 430-431.

147 Os exemplos são oferecidos por Ulrich Beck.*La sociedad del riesgo.* Trad. de

Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998 p. 28.

148 Confira-se, por exemplo, a posição extremada tomada por Juarez Cirino dos Sant *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 431-456.

149 Hoje em dia, até mesmo a doutrina brasileira mais básica e tradicional, já se rend ao fato de que a pessoa jurídica, se é sujeito de direitos em matéria penal, há de ser também de obrigações, pelo que, o Direito Penal baseado na exclusividade da pessoa física já não resiste ao impulso do debate teórico. Como exemplo, por todos, JESUS, Damásio E. "Proteção ambiental e responsabilidade penal d pessoa jurídica". *in Jornal Carta Forense*, Março de 2016, p. A7.

150 Já há muito se defende a ideia de que o projeto que concebeu a prisão como pena um projeto falido. Para detalhes, veja-se a consagrada tese doutoral de Cezar Roberto Bitencourt, publicada como *Falência da pena de prisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

151 Sobre o dolo como expressão de sentido, veja-se: BUSATO, Paulo César. Dolo e significado, *Reflexões sobre o Sistema penal do nosso tempo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 227-254.

152 Para detalhes sobre a questão, mediante a exploração de um caso hipotético, confira-se: BUSATO, Paulo César. Vontade penal da pessoa jurídica, *Reflexões sobre o Sistema penal do nosso tempo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; p. 211-226.

153 Veja-se, a respeito disso, o Capítulo 9 deste livro.

154 "[...] o princípio de culpabilidade corretamente entendido não exclui que o fato d um indivíduo cometido como órgão coletivo de pessoas, também seja imputado a esta. Assim como o grupo se beneficia com o fato, também pode suportar a composição existente na pena. Isto não importa a punição dos membros não culpáveis do órgão coletivo que não tenham participado do próprio fato. O efeito mediato da punição ao coletivo sobre o membro individual se limita à sua participação nela. A punição de um coletivo não pode ir além de sua dissolução e do confisco do seu patrimônio". WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos del Derecho penal alemán.* Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar 2008. p. 119.

155 Veja-se um extenso panorama sobre cada uma das proposições mais modernas

sobre o tema em Carlos Gómez-Jara Díez. La culpabilidad de la persona jurídica, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Madrid: Thompson-Reuters, 2012. p. 153-180.

156 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. 18. ed. Valenci Tirant lo Blanch, 2010. p. 306; e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. *2*, p. 298.

157 GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*. cit., v. 2, p. 535.

158 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Consideraciones victimológicas en la teorí jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática, *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona – Libro homenaje al Profesor Antonio Beristein.* San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989. p. 633.

159 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General, I.* Madrid: Editorial Universitas, 1996. p. 110.

160 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Consideraciones victimológicas en la teorí jurídica del delito?... cit., p. 634.

161 Silva Sánchez refere-se especificamente ao primeiro trabalho de Von Hentig sobr o tema, publicado no Kölner Zeitung, em 4 de setembro de 1934, e também ao livro The Criminal and his victim, do mesmo autor, publicado em New Haven, em 1948.

162 Nesse sentido: GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima en risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 40.

163 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Consideraciones victimológicas en la teorí jurídica del delito?... cit., p. 634-635.

164 Vide, por exemplo, o art. 25 do Código Penal brasileiro.

165 Vide, por exemplo, o art. 121, § 1º, do Código Penal brasileiro.

166 Vide arts. 59 e 65 III, *c*, do Código Penal brasileiro.

167 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Consideraciones victimológicas en la teorí jurídica del delito?... cit., p. 638-639.

168 Vide LARRAURI, Elena. Victimología. In: MAIER, Julio B. J. (Comp.). *De los delitos y de las víctimas*. Julio B.J. Maier (comp.), Buenos Aires: Ad-hoc, 1992

p. 63.

169 ROXIN, Claus. Los últimos desarrollos de la política criminal, *Política criminal estructura del delito*. Trad. de Juán Bustos Ramírez y Hernán Hormazába Malareé. Barcelona: PPU, 1992. p. 65.

170 LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las víctimas ante el Derecho Penal Español*, Estudios Penales y Criminológicos, XXI. Santiago de Compostela: Servicio d Publicación e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1998, p. 174: "Com efeito, desde ao menos um quarto de século se fala, sobretudo na doutrina alemã, de uma *Viktimodogmatik* que pretende abordar uma análise dogmática orientada ao comportamento das vítimas e com especial incidência na teoria do delito".

171 Veja-se em Jesús-María Silva Sánchez. La víctimo-dogmática en el derecho extranjero, *Victimología*, VIII Cursos de Verano en San Sebastián. Coord. Antonio Beristain. San Sebastián: UPV/EHU, 1990. p. 107-112.

172 Vide, por exemplo, o caso do nosso art. 59 do CP.

173 Nesse sentido, no Brasil, a opinião de Alessandra Orcesi Pedro Greco. *A autocolocação da vítima em risco*... cit., p. 45.

174 Nesse sentido, Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Consideracione victimológicas en la teoría jurídica del delito?... cit., p. 641) comenta que as propostas dos defensores alemães da vitimodogmática são merecedoras de críticas em função da possibilidade de ruptura da paz social e de incitarem a um renascimento da vingança privada.

175 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997, v. I, p. 56.

176 BERGALLI, Roberto. *Sistema penal e intervenciones sociales*. Barcelona: Hace 1993. p. 36.

177 Nesse sentido, comenta Cezar Bitencourt que "a relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da *persecutio criminis* não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusationis*". BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado de Direito penal*. *Parte Geral.* 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, v. 1, p. 4.

Capítulo 15

FUNDAMENTOS DISCURSIVOS DO CASTIGO

1 INTRODUÇÃO

Há um marco de observação interessante a respeito do castigo criminal. Um momento a partir do qual se apresentou a necessidade discursiva de justificação das punições: o momento de ascensão do princípio de legalidade.

Até o surgimento da lei como limite de imposição ao soberano, não havia ou, quando muito, era extremamente reduzida a necessidade de justificação discursiva dos castigos. Isso porque, em geral, o soberano era a personificação do Deus (como na antiguidade) ou representava a expressão da vontade do Deus ou, quando menos, dos governados, por razões de justiça previamente dadas e inquestionáveis (primeiras formulações do direito natural).

Desse modo, as punições encontravam uma justificação previamente dada na pessoa de quem as impunha, sem necessidade de maiores considerações.

A partir do momento que surgiu a imposição de uma vontade legítima que condicionou a própria atividade soberana punitiva, apareceu concomitantemente a necessidade de apresentação de uma justificação convincente para o castigo.

Antes de disseminar-se o idealismo filosófico, previamente ao século XVIII, o Estado[1] era de corte Absoluto. A pena se aplicava sob conotações mágico-religiosas e tinha características corporais e de intimidação, restando reservado para a prisão tão somente um papel processual de manter a custódia no aguardo do julgamento. O Direito Natural caracterizava essa época e toda a etapa medieval europeia. O poder do soberano o associava com o poder de "Deus sobre a terra". A ordem dos deveres humanos derivava da ordem real da natureza.[2] O intérprete do Direito partia de uma ordem suprapositiva, de uma lei superior, que era o Direito natural. Como esse Direito se relacionava com a divindade, era inquestionável, constituindo-se fonte de

puro *dever*.

O filtro da filosofia idealista inicia seu percurso entrando na Idade Moderna. A reação ao Direito natural se centraliza, por um lado, no descrédito em que este caiu, e por outro, no inaceitável argumento histórico na formulação das leis.[3] Desde o momento em que a fonte de onde emanam os deveres do indivíduo já não correspondia mais à onipotência do Direito natural, mas exclusivamente à *razão* humana, trata-se já de outro Direito; o *Direito Natural racionalista*. Esse Direito desempenhou um papel estelar em toda a discussão sobre a legitimação do poder que se desenvolveu ao largo do século XIX.[4] A razão humana marcou o ponto de partida dos penalistas ilustrados e propiciou o desenvolvimento da *evolução científica do Direito pena*l.[5] Filosofia, dogmática e conhecimento da realidade social constituíram a sociedade perfeita imposta pela razão humana. A filosofia do Direito se enriqueceu, já que se obrigou a manter uma conexão com a *praxis* sobre os Direitos dos indivíduos em sociedade.[6]

O estudo da pena obriga, pois, a acompanhar a evolução histórica do modelo discursivo relativo às razões de castigar, estudo este que comumente recebe o nome de *teorias da pena*.

O desenvolvimento das teorias da pena e as lutas de escolas penais caracterizaram-se por uma estreita vinculação com as concepções filosóficas sobre o indivíduo, a sociedade e o Estado que vieram mudando ao largo da história. Foi somente durante o século XIX que se desenvolveram os grandes sistemas penais que pouco a pouco levaram os juristas a afastarem-se da filosofia do Direito para centrarem-se na discussão dogmática de concretos problemas jurídicos. No século XX, a filosofia do Direito já tinha pouco ou nada de influência nos sistemas de imputação, ela "pouco a pouco foi substituída pela teoria e a metodologia do Direito (como ciência da relação entre a norma e a decisão), por um lado; e, a sociologia do Direito (como ciência empírica do Direito), por outro".[7]

Assim, exceto durante o auge do positivismo jurídico, pode-se afirmar que no campo do Direito penal a Filosofia do direito se manteve com relevante êxito. Mostra disso é que hoje há teorias do Direito penal e da pena que se orientam nos postulados

da *filosofia idealista*; e, no dizer de Hassemer,[8] nos dois polos que sustentaram essa filosofia: *a teoria do conhecimento do idealismo alemão* e a *filosofia política do iluminismo*,[9] que desembocou logo na Revolução Francesa e no contrato social.

Com o Iluminismo e o contrato social chegaram diferentes concepções materiais que então constituíram trunfos irrenunciáveis frente ao poder absoluto do Estado: a humanização dos castigos, as considerações *racionais* e *humanitárias*[10] que exigem a proporcionalidade entre o delito e a pena, o reconhecimento do princípio de legalidade e, com base em um juízo racional, junto ao imperativo da proporcionalidade, uma finalidade *utilitária*[11] da pena.

Nesse período se potenciou no cidadão o reconhecimento de certos direitos individuais: a diminuição das sanções corporais; as leis ou deveres dos cidadãos se interpretaram, não mediante abstração do Direito natural, mas pela razão humana; perseguiu-se um Direito justo e uma retribuição penal na mesma medida do dano causado. A esse respeito comenta Quintero Olivares[12]:

> "As mudanças de método que dão início à teoria e à dogmática são só um aspecto da nova situação da ciência e do Direito penal. O outro grande campo de reformas está na pena e nas teorias sobre a mesma. Sob a presidência de uma repulsa absoluta da penalidade vigente se toma partido em todos os aspectos do castigo penal: a pena de morte, a duração das penas, a exemplaridade dos castigos, as penas corporais, os fins da pena, e o fundamento jurídico da mesma."

Por outro lado, no que concerne ao Direito penal, nessa etapa aflorou o fundamento legitimador que estabeleceu as teorias absolutas da pena, principalmente com Kant e Hegel. Com eles, a pena era considerada como um ideal de justiça, portanto, não tinha nenhum fim. Depois de tudo, não se pode negar que o Direito Natural racional e com ele as teorias absolutas das penas contrapuseram critérios materiais e limites para determinar um Direito penal mais justo, com base na razão humana, e sentaram os critérios de limites da pena, como logo observaremos.

Entretanto, as críticas à filosofia idealista tiveram por semente o Direito Natural

racionalista, principalmente na forma tão diversa que caracterizava essa razão em um contexto social determinado. Mas o singular destaque da filosofia idealista foi a adoção dela por parte das diferentes teorias do *Contrato Social* formuladas na Europa e que sentaram as bases de uma nova realidade social e jurídica. Surgiu assim a ideia da representação popular através da Assembleia Geral, como único poder capaz de estabelecer as leis.

Hassemer[13] comenta que nesse período

> "o papel do legislador se modificou de maneira fundamental: de simples intérprete do Direito, converteu-se em seu criador. Suas prescrições (leis) não se legitimavam como simples concreções adaptadas ao momento de uma lei superior, o Direito natural, já que a lei superior ou não existia ou em todo caso, não era apreensível".

No que concerne ao Direito penal e exclusivamente à pena, estabeleceram-se as bases do princípio de legalidade da lei penal. Com isso, o "*Nullum crimen, nullum poena sine lege*" passa a constituir a principal garantia, base de todo o sistema penal.

Nessa ordem de Estado, o Contrato Social implica que o cidadão renuncie a parte de sua liberdade para conviver com a liberdade dos outros integrantes do grupo. À autoridade superior só compete garantir e vigiar que essas condições se realizem, não podendo exceder--se dos limites de atuação. Uma autoridade superior que exceda essa função, limitando ainda mais a liberdade dos indivíduos acordada pelo contrato social, converte-se em autoritária. Isso implica o reconhecimento do homem livre (livre-arbítrio), que posteriormente serve de base à construção da categoria dogmática da culpabilidade.

A denominada Escola Clássica, por exemplo, foi construída com os fundamentos de uma responsabilidade penal baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade individual. A liberdade constitui um atributo indispensável da vontade, de maneira que esta não pode existir sem aquela. Sem liberdade era impossível o Direito penal. A pena, para essa escola, deve ser necessária e limitada pela culpabilidade e considerada como um ideal de justiça. Portanto*, a pena não devia ter nenhum fim*. A

pena ou sanção não tem influência alguma nem em relação ao caráter da estrutura das normas e do sistema jurídico, mas simplesmente faz o papel de um mal ou retribuição.[14] "Necessariamente, o fundamento da pena retributiva se centrará na culpabilidade entendida no sentido clássico, isto é, reprovação pessoal que se faz ao sujeito por não haver atuado de outro modo podendo havê-lo feito".[15] Tudo isso leva a propor o livre--arbítrio como fundamento do poder de decisão, e também como o fundamento da pena.[16] A escola Clássica extrai das ideias Iluministas o princípio de legalidade e a humanização dos castigos.[17] Essa teoria teve uma forte carga jusnaturalista, já que a lei positiva tinha que se subordinar à lei natural, mediante o emprego do método lógico-abstrato. O emprego do método racional para o estudo do Direito positivo, mediante a lógica abstrata, concedeu ao estudo do Direito uma conotação dogmática.

Por outro lado, o trânsito de um Estado liberal a um *Estado Social* no sentido utilitarista trouxe consigo novos enfoques aos fundamentos da pena. Nesse novo Estado se questiona que a pena se fundamenta unicamente na retribuição, ausente de toda finalidade social.

Beccaria é um dos máximos representantes do contratualismo. Já em suas propostas ideológicas sustenta a necessidade de utilidade das penas. Estas deveriam ser necessárias à manutenção do Contrato Social para lograr a felicidade dos homens. As penas, nesse sentido, antes de castigar teriam que evitar a comissão de delitos.[18] De qualquer modo, a ideia de utilidade da pena da qual se partia no Contrato Social não era semelhante às construções utilitaristas de prevenção geral ou prevenção especial que surgiram posteriormente. A esse respeito, Bustos Ramírez[19] sustentou que a prevenção adquiria um sentido completamente diferente ao situar a finalidade da pena fora do contexto das estruturas do sistema, colocando um manto de esquecimento sobre este e as próprias leis, identificando o delito como algo alheio tanto a um como às outras.

Ademais, assinalou Bustos,[20] esse pensamento utilitarista de que parte o Contrato Social não era o de "um utilitarismo social, abstrato em aparência, como surgiria posteriormente com o positivismo, e que leva à defesa social, mas de um

utilitarismo concreto dirigido ao homem. Por isso, quando se fala de prevenção de delitos, se refere à vontade do legislador dirigida não tanto à correção das falhas dos homens, senão às estruturais do sistema".

Logo, ao reclamo surgido do Contrato Social de que as penas deveriam ser úteis, surgiu o discurso do *fim de prevenção da pena*. "Retribucionismo e prevencionismo serão duas propostas irreconciliáveis. Frente à pena retributiva justificada pela justiça, a pena preventiva se justifica sempre que seja necessária".[21] O fim último da imposição da pena na prevenção é o de evitar a comissão de delitos. Para atingir esses propósitos, a imposição da pena foi tratada a partir de dois ângulos: a *prevenção geral*, na linha de Feuerbach, que pretende provocar na psiquê coletiva uma sensação de desagrado para impedir a comissão do delito; e a *Prevenção especial*, na linha da *Escola positiva*, que atua sobre o indivíduo procurando lograr sua recuperação ao entorno social, sem o perigo de que volte a cometer novos delitos.

Ao contrário da Escola Clássica, que baseava a imputabilidade no livre-arbítrio e na culpabilidade individual do sujeito, a Escola Positiva se baseou no determinismo para poder explicar, com base a uma concepção naturalística, a causalidade dos fatos individuais e sociais. Com o livre-arbítrio, a responsabilidade é moral; com o determinismo, a responsabilidade é social. Ao lado das penas aparecem as medidas de segurança, que nessa nova concepção utilizam a periculosidade do sujeito (ilimitada) e não a gravidade do delito como limite. O critério da periculosidade, como era de se esperar, implicava atuar diretamente sobre o indivíduo com a finalidade de reabilitá-lo socialmente, para que não viesse a cometer delitos no futuro. As medidas de segurança, nessa ordem, se converteram em reações desproporcionais ao delito cometido e indeterminadas no tempo. O emprego do método experimental (causal--mecanicista) caracterizou essa escola e todos os campos do saber humano da época.

Podemos dizer que o Contrato Social impôs o princípio de legalidade e com base em um juízo racional reclamou, junto ao imperativo da proporcionalidade, uma finalidade *utilitária*,[22] critérios estes que podem ser conciliados dentro de um Estado social e democrático de Direito.

As críticas estiveram presentes questionando os fracassos empíricos da intimidação e da ressocialização e, no plano material, a utilização do homem como objeto. Porém, "nada mudou desde que se sentaram as bases teóricas das três concepções".[23] O debate produzido no século XIX, entre as *Teorias Absolutas* (Retributivas) e as *Teorias Relativas* (Prevenção Geral e Prevenção Especial), se caracterizava por outorgar prevalência a uma sobre a outra. Nos últimos anos, o debate não faz mais do que se orientar a oferecer uma síntese de ambas as posturas ou, quando muito, oferecer uma nova dimensão à prevenção geral ou, ainda, propor o completo abandono da pena.

Em função disso, modernamente formaram-se propostas que visaram superar os modelos preventivos, retributivos e preventivo-retributivos. Figuram as ideias de prevenção geral positiva, que visa voltar a prevenção geral para uma dimensão sociológica, vista por um prisma ora dos fundamentos da própria norma, ora de limitação do castigo. De outro lado, com as críticas criminológicas, surgiram uma postura crítica minimalista e outra declaradamente abolicionista. Uma terceira linha, bastante mais sugestiva, subordina os fins da pena aos da própria estrutura punitiva.

2 OS DISCURSOS A RESPEITO DO FUNDAMENTO DA PENA

Nos apartados seguintes, são apresentados os principais elementos de cada uma das teorias que buscaram explicar o fundamento das penas. É necessário ter em mente, porém, nessa análise, que a evolução das distintas correntes teve lugar sem abruptas quebras de tendências, mas sim se mesclando no correr do tempo. A história, afinal, não ocorre aos saltos, mas sim através de lentas e cotidianas construções, de modo que a imagem que fica para o intérprete que olha para trás é sempre de uma mistura de propostas, que não permite mais do que identificar apenas o que é prevalente em cada dado momento.

2.1 As teorias absolutas. O retribucionismo

A ideia fundamental do retribucionismo é a concepção da pena como um mal. Esse castigo, de algum modo, visa a contraposição a outro mal, que é o crime.

Parte-se, porém, sempre da falácia de que existe um *mal justo* (a pena) que se opõe ao *mal injusto* (o crime), como a forma de restabelecer o direito.[24]

2.1.1 Generalidades

Os fins da pena devem ser analisados segundo o contexto histórico da concepção de Estado, indivíduo e sociedade. Na antiguidade, desconhecia-se a pena de prisão. Esta era utilizada meramente como encarceramento processual para aguardar pela execução, que se traduzia em um sacrifício, muitas vezes, expressado em um suplício físico ou moral. A evidente conexão com um *Estado absoluto* caracteriza essa primeira etapa da evolução da teoria da pena, onde o poder do soberano era identificado como um poder ungido por Deus. O Direito Natural caracterizava essa época e toda a etapa medieval europeia. Era de entender-se, para a época, que como esse Direito se relacionava com a divindade era inquestionável como fonte de puro *dever*. A pena, nesse Estado, adquire conotações religiosas. Como na figura do rei recaía a representação do Estado e a representação da justiça divina sobre a terra, qualquer pessoa que se rebelasse contra o Estado ou contrariasse qualquer disposição legal atentava contra a figura do soberano e contra o próprio Deus.[25] A pena, neste contexto, *expiava* o pecado cometido pelo indivíduo, e ainda eram, precipuamente, açoites, desterros, execuções e mutilações.

O trânsito do Estado absoluto ao Estado Liberal, por consequência do predomínio da Filosofia Idealista (razão humana e contrato social), modificou as concepções de Estado, indivíduo e sociedade. A Assembleia Geral substituiu o soberano na formulação das leis e a pena passou a ser considerada como *retribuição* pela perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada nas leis.[26] O Direito natural divino cedeu passagem ao Direito natural racional. À expiação sucedeu a retribuição, à razão divina sucedeu a razão de Estado e à lei divina, a lei dos homens,[27] expressa na Assembleia geral.

O que caracterizou essa nova concepção da pena é que com ela se pretendeu unicamente um ideal de justiça, os fundamentos de uma responsabilidade penal baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade individual. A liberdade constituiu um

atributo indispensável da vontade, de maneira que esta não poderia existir sem aquela. A pena, nesse contexto, deveria ser necessária e limitada pela culpabilidade e considerada como um ideal de justiça. Portanto*, a pena não devia ter nenhum fim*.

Assim, nada mais lógico que a pena inicialmente recebesse uma coloração de retribuição, ou seja, de referência ao passado, ao mal praticado, limitada apenas por uma ideia geral de proporção e necessidade. Ou seja, buscou-se, inicialmente, uma justificação discursiva associada exatamente ao modelo correcional já existente, em uma clara pretensão justificativa de uma realidade social preexistente.

2.1.2 Expoentes da Teoria Retributiva da pena

Entre os representantes do pensamento retributivo da pena se encontram Kant e Hegel, máximos representantes da filosofia idealista alemã, cuja importância em termos de fundamento da pena tornou suas teses dominantes na Alemanha, pelo menos até o início dos anos 60 do século XX, a ponto de chegarem a influenciar com uma concepção retributiva o próprio projeto de Código Penal do pós-guerra, de 1962.[28] Além deles, o italiano Carrara, representante da escola clássica. Ademais, também preconizavam tendências retribucionistas, já mais modernamente, com matizes, dando prevalência à tendência retributiva sem negar aspectos preventivos, Binding, Mezger, Welzel e Bettiol.

2.1.2.1 A concepção retributiva da pena em Kant

Em sua *Metafísica dos costumes* Kant outorgou uma função retributiva à pena, com caráter marcadamente ético. O castigo ou a pena, para Kant, é uma exigência ética irrenunciável. Ele qualificava a pena como um "*imperativo categórico*" cuja incidência principal é a pena justa, tanto desde o ponto de vista do fato como do sujeito pelo fato realizado. Para Kant, não bastava a legalidade das ações, fazia-se necessário o respeito a uma lei geral de moralidade. Portanto, a pena seria um fim em si mesma, não lhe correspondendo nada mais que simplesmente realizar a justiça.[29] Se a pena fosse considerada um meio para conseguir um bem para o próprio indivíduo ou para a sociedade, o indivíduo estaria sendo um instrumento para a consecução de tais

fins e, portanto, se lhe trataria como um simples objeto.[30]

A pena é retribuição à culpabilidade do sujeito, portanto, a pena deve ser proporcional ao dano causado pelo delito. Daí que Kant equiparou a proposta com a "Lei de Talião aplicada por Tribunais". À intensidade da agressão de um bem jurídico se responderia mediante um ataque institucional a um bem jurídico de similar medida. Essa atitude não estaria ferindo os direitos do cidadão, pois, para Kant, quem não cumpre as disposições legais não é digno de cidadania.

Converteu-se assim a proporcionalidade não em um postulado da razão, mas em uma exigência absoluta. Com isso, se dá início ao desenvolvimento das chamadas teorias absolutas da pena do século XIX.[31]

Kant sustentou, ainda, em seu famigerado exemplo, que deve haver pena inclusive se o Estado e a sociedade se dissolvam, para que todos sofram o que merecem seus atos. Ocorre que não existia, na concepção *kantiana*, nenhum propósito utilitarista na pena, mas sua aplicação derivaria unicamente da infringência da lei.

2.1.2.2 A concepção retributiva da pena em Hegel

Aplicando o método dialético, Hegel sustentou que a prática delitiva é a negação do direito e a pena, como resposta a esse mal, é a negação da negação do Direito. Ou seja, a tese é de que as pessoas devem obedecer determinada regra (norma incriminadora) à qual se opõe, como antítese, a postura do criminoso, que com sua atitude afirma a ausência de validade de tal regra para ele, resultando em uma síntese, que é a aplicação da pena. Cumpre a pena, portanto, só um papel *restaurador ou retributivo* e, assim, segundo seja o *quantum* ou a intensidade da negação do Direito, também será o *quantum* ou intensidade da nova negação, que é a pena. Mas esse mal que se aplica não é só em razão da existência de outro, mas também representa o *restabelecimento da ordem jurídica perturbada*.[32]

Para Hegel, o Direito é expressão da *vontade racional*. A base do Direito está na racionalidade e na liberdade.[33] Sendo o Direito a expressão dessa vontade geral, o delito constitui a expressão de uma contradição à racionalidade. A pena aparece logo como expressão da negação do Direito constituída pelo delito. Assim, finalmente,

aparece o delito como negação do Direito e a pena como negação dessa negação, cujo fim é reestabelecer o Direito.

A diferença entre Kant e Hegel se observa na fundamentação da pena. Enquanto Kant legitima a pena na sua necessidade ética, Hegel encontra seu fundamento na necessidade jurídica. Com Kant, a comissão do delito perturba a ordem moral absoluta, e com Hegel, a ordem jurídica.[34]

Hegel dizia que as penas não deviam ter nenhuma finalidade porque *se degrada a personalidade* de quem a recebe. Em rejeição à ideia de prevenção geral com base na coação psicológica, defendida por Feuerbach, sustentou que tratar o homem de forma a pretender intimidá-lo equivaleria à ameaça que se faz a um cachorro com um pau, ou seja, seria desprezar o homem no que há de mais caro, que é justamente sua dignidade, baseada na ideia de livre-arbítrio, de livre convencimento quanto às suas atitudes. Nesse sentido, coincide com Kant, pois não outorga fins preventivos às penas, como os de intimidação ou correção. Mas se aparta de Kant no que se refere à equivalência da magnitude da pena, como similar à Lei de Talião, contrapondo a essa proposição a ideia da equivalência entre o delito e a pena.

Finalmente, Hegel outorga à pena um limite como *expressão de justiça*. Daí que a pena não pode desvincular-se quanto ao seu conteúdo nem acima nem abaixo da magnitude da *culpabilidade* que lhe corresponde.

2.1.2.3 Outros expoentes do retribucionismo

Para Carrara, destaque da Escola Clássica, a pena só tem um fim em si mesma que não é outro que o restabelecimento da ordem externa da sociedade,[35] quebrada pelo delito. A aplicação da pena corresponde a uma exigência ética, a uma exigência de justiça.

Binding, por sua vez, postulou que a pena tem caráter retributivo de um mal por outro mal.[36] O mal exercido pelo Estado não é equiparável ao exercido pelo indivíduo, já que o caso do Estado não é equiparável ao do indivíduo, pois é somente exercício de Direito.[37] Consequentemente, a pena é a expressão de força do Estado,[38] que visa confirmar a prevalência do poder do Direito contra as pretensões do

delinquente.

Mezger afirma que a pena é "irrogação de um mal que se ajusta à gravidade do fato cometido contra o ordenamento jurídico. É, portanto, retribuição e necessariamente privação de bens jurídicos".[39]

Para Welzel, não há mais finalidade na pena que a de identificar-se com uma *retribuição justa*[40] ao valor dos atos praticados. Sustenta que: "Com o infligir de uma compensação justa, segundo a teoria absoluta, se esgota o conteúdo da pena."[41] A natureza retributiva da pena para Welzel é independente dos efeitos que gera: "Todos os outros efeitos, intimidação, correção, são, no melhor dos casos, efeitos concomitantes favoráveis que nada tem a haver com a natureza mesma da pena."[42] Também se evidenciam em Welzel[43] os fundamentos de uma responsabilidade penal baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade individual: "Segundo este postulado de um porvir justo do mundo, resulta correto que o delinquente sofra de acordo com o grau de sua culpabilidade. [...] a pena se justifica como retribuição adequada à medida da culpabilidade". Continua dizendo que: "Apesar do difícil e imperfeito que é determinar esta medida no caso concreto, ela constitui o único critério pelo qual deve medir-se a pena."[44]

Depois de tudo, e apesar das críticas atuais vertidas ao retribucionismo clássico, as teorias absolutas da pena possuem o mérito de terem se esforçado por oferecer uma compensação de pena em iguais proporções ao mal causado com o crime.[45] Em termos normativos, se abandona a posição extrema retribucionista na linha de Kant (lei de talião), contrapondo-se a ideia de equivalência entre o delito e a pena, na linha de Hegel. Essa proporcionalidade não deixa de ser, considerado o fator histórico, um dado positivo.

Essa doutrina, estabelecida sob as exigências da busca da justiça, construiu os fundamentos de uma responsabilidade penal baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade individual do sujeito: só se responde pelo fato realizado e na medida da culpabilidade do sujeito. O Estado, com isso, viu limitado seu poder de atuação. Evitaram-se, então, as possíveis arbitrariedades cometidas pelo Estado, como atender a causas de escassa culpabilidade com penas desproporcionais. Figueiredo Dias[46]

comenta que a limitação pela culpabilidade é a grande virtude histórica das teorias retribucionistas:

> "Aqui reside justamente o mérito das teorias absolutas: qualquer que seja seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas, a concepção retributiva tem – histórica e materialmente – o mérito irrecusável de ter erigido o princípio de culpabilidade como princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa humana."

Com as teorias absolutas da pena se afirmou a liberdade como atributo indispensável da vontade e como o fundamento da pena. A pena que se estabeleça fora dessa justificação subjetiva se converte em autoritária.

Outros dos benefícios garantistas um pouco menos observados que são extraídos das teorias retributivas são a afirmação do princípio de legalidade ao estabelecimento das penas, fruto das ideias iluministas,[47] o chamado à necessidade das penas e o caráter pessoal de sua imposição.

2.1.3 Comentários críticos ao retribucionismo

Por outro lado, ainda que haja méritos reconhecidos, são maiores as críticas que receberam essas teorias desde diferentes ângulos.

Uma das críticas mais frequentes com que se enfrenta o *imperativo categórico* de Kant consiste em sua "busca dos Direitos a partir dos deveres morais",[48] onde revela "sua posição favorável ao despotismo ilustrado".[49]

Roxin[50] questiona o emprego da pena como retribuição, posto que contraria a proteção de bens jurídicos. Se a finalidade do Direito penal é a proteção de bens jurídicos, é contraproducente que para o cumprimento desse fim o Estado se sirva de uma pena que prescinda de todos os fins sociais. Isso é absolutamente inaceitável em um Estado social e democrático de Direito. Roxin põe de manifesto, com essa posição, que a proteção de bens jurídicos é o fundamento do Direito penal e, como

tal, fundamento da própria pena, pelo que se percebe que a retribuição se centra mais nos reflexos da atuação do Direito penal que em seu fundamento. Desde o ponto de vista político social, Roxin[51] sustenta que não é possível reparar os danos à socialização, que frequentemente constituem as causas de comissão dos delitos.

Aliás, convém notar que a equivalência real entre o mal causado e a pena é praticamente inalcançável, criando a pena, em virtude disso, nova injustiça.[52] E uma pena injusta, por óbvio, perde todo o seu caráter intimidatório.[53]

Recentemente se sustentou que “a ideia de somar um mal a outro não tem só caráter medieval senão também – e quiçá – metafísico”.[54] Afirma-se, nesse sentido, que “a mera valoração de delitos cometidos no passado não tem sentido (inclusive quando por pena se possa entender a produção de um mal agregado a outro como reparação àquele)”.[55]

Silva Sánchez,[56] por sua vez, acrescenta:

> “No caso da retribuição, as razões de sua superação como fundamento básico da intervenção jurídico-penal sobre pessoas e bens dos cidadãos são claramente culturais (ou ideológicas). Com efeito, para fundamentar o ‘adeus a Kant e Hegel’ se alega – entre outras coisas – que no moderno Estado de corte Liberal não são bem recebidas fundamentações metafísicas do recurso à pena, que rechaçando toda referência ‘final’ para a mesma, apelem ao apriorismo da realização da justiça absoluta.”

Ademais, comenta que “tampouco, em um Estado Democrático social e de Direito se deve apelar ao fundamento de punir em razão da analogia do juízo humano com o ‘juízo Final Divino sobre os pecadores’”,[57] já que isso representa prescindir de todo fim transcendente, alheio ao simples castigo.

Há ainda a questão da liberdade de vontade sob forma de livre-arbítrio, pressuposto básico do castigo, que se sabe perfeitamente não ser demonstrável, especialmente diante dos condicionamentos sociais contemporâneos.[58] A isso se deve, inclusive, a mudança de função da culpabilidade, que deixa de ser fundamento da pena e passa a ser seu limite.

Na América Latina deve-se acrescentar ainda um fator a mais, político-criminal, para negar a tese retribucionista, já que uma concepção dessa natureza se baseia no pressuposto da existência prévia de uma igualdade social na qual, absolutamente, não vivemos. A respeito, Zaffaroni[59] comenta:

> "O retribucionismo latino-americano, ou seja, a concepção latino-americana da pena como uma retribuição, conforme o princípio de culpabilidade é produto de uma reação contra o positivismo, elaborada por quem se preveniu claramente do perigo que este implicou e implica para o pensamento democrático. Entretanto, [...] a retribuição não pode ser justa em sociedades altamente injustas quanto a seu sistema de produção (na América Latina mais de 40% da população está marginalizada do sistema de produção industrial) e quanto ao seu sistema de distribuição (a maior parte da renda se concentra em uma minoria). Isto faz que, definitivamente, o retribucionismo que tem a vantagem de denunciar os excessos biologistas e racistas do positivismo, se converta em uma ideologia que frequentemente – por não dizer quase sempre – sirva a os setores mais ou menos tecnocratas do segmento judicial [...]."

Finalmente, é manifesto que inclusive nos filósofos do retribucionismo clássico não estiveram ausentes as finalidades sociais na aplicação da pena. Hassemer[60] adverte sobre a possibilidade de interpretar que inclusive em Kant a justiça não é o último fim, mas condição da vida social em comum. Silva[61] crê ver em Hegel uma posição de conteúdo social: "Tal missão aparece já na proposta de Hegel através da ideia de *restabelecimento do Direito*". Acrescenta o autor que esses fins sociais não estiveram ausentes nas propostas de nenhum retribucionista.

Inclusive Maurach, de tendências retribucionistas, utiliza uma linguagem ambígua. Para esse autor, a pena deve estar desligada de todo fim, conforme se enuncia no famoso exemplo de Kant relativo ao perecimento da sociedade. Porém, outorga a essa finalidade efeitos sociais--psicológicos "de uma extensão e importância superiores aos efeitos próprios dos fins de prevenção".[62] Evidentemente,

nesse sentido, já não se pode falar de retribuição em sentido estrito, mas, será possível justificar a intervenção penal na "prevenção geral através da retribuição".[63]

Hoje em dia as modernas correntes político-criminais iniciam parte de suas propostas a partir dessas teses retributivas, mas não entendidas no sentido clássico do termo de justiça absoluta, e sim tendo por finalidade objetivos como a prevenção geral integradora.

De qualquer forma, a fórmula odiosa e maniqueísta do retribucionismo segue existindo como fundamento defendido por alguns autores, apesar da inevitável associação à ideia de vingança, própria de uma barbárie ancestral.

A doutrina oferece algumas explicações para o fenômeno de longevidade da perspectiva, tais como o gosto popular pela ideia do talião,[64] a concepção ocidental judaico-cristã de justiça divina sob forma de castigo[65] e a associação idealista – especialmente em Kant – entre o castigo religioso e o jurídico.[66]

2.2 Teorias relativas. A prevenção

As teorias relativas vêm implantar uma fundamentação da pena voltada para o futuro, dando expressão à antiga máxima de Sêneca: *Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*.[67] A partir desse chamado, se desenvolveram teorias da pena que a justificavam não sob o imperativo categórico da justiça absoluta, mas como um meio ou instrumento útil e necessário à prevenção da criminalidade.[68]

A própria concepção de Beccaria,[69] no sentido de que a certeza do castigo dissuade mais do que a sua intensidade, já focava a justificação da pena em um propósito de evitar novos males e não de meramente retribuí-los.

A concepção, portanto, emerge já do mesmo Iluminismo de onde brotaram discursos retributivos. Assim, pode-se afirmar que essa é uma concepção antiga. Porém, o seu ápice revela-se no momento do chamado Estado social, que constitui o produto final do movimento Iluminista, e do Contrato Social, trazendo uma orientação dos fundamentos da pena de cunho sociológico, ou com o foco nos interesses da sociedade e já não dos indivíduos.

A pena, nesse contexto, também é entendida como um mal, mas ao contrário dos

ideais absolutistas, este mal se entende como "necessário"[70] à manutenção da ordem social e prevenção da criminalidade. O fato de entender a pena sob contornos da tradição *kantiana* não se justifica nesse novo Estado, já que nessa proposta a pena não cumpre nenhum fim e dirige sua vista ao passado. As justificações da pena, sob contornos utilitaristas, pelo contrário, avocam prevenir a criminalidade dirigindo sua orientação ao futuro.

Os "pressupostos de legitimação", sob esse critério de pena, são de natureza empírica; a ideia de realização da justiça, em abstrato, se contrapõe a ideia de prevenir novos crimes. Para isso, se pretende alcançar os fins de prevenção desde dois ângulos: a *prevenção geral*, cuja advertência ou ameaça da pena persegue provocar na psiquê coletiva uma sensação de desagrado, impedindo a comissão do delito, e a *prevenção especial*, cujo atuar se dirige diretamente sobre o indivíduo procurando sua ressocialização e com isso evitando que no futuro cometa novos delitos.

2.2.1 Prevenção geral (negativa)

A prevenção geral traduz a ideia de que é necessário prevenir-se da ocorrência de novos delitos que podem brotar de qualquer âmbito da sociedade, ou seja, que não possuem fontes definidas.

Idealiza-se o castigo como um exemplo. Como algo voltado a dissuadir pela demonstração de desagrado e pela geração de um prejuízo.

Os fundamentos dogmáticos melhor acabados dessa concepção foram os propostos por Paul Johann Alselm Ritter von Feuerbach, através de sua teoria da "*coação psicológica*". O que propôs Feuerbach foi provocar com a pena uma sensação de desagrado na psiquê coletiva que impedisse a comissão de delitos. Para Feuerbach, "todas as infrações têm sua causa psicológica na sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. Este impulso sensual pode suprimir-se dependendo de que cada qual saiba que ao seu fato se seguirá certamente um mal que será maior que o desgosto derivado da insatisfação de seu impulso ao fato"[71]. Dessa maneira, a intimidação ou coação

psicológica (efeito dissuasório) pretende atuar em dois momentos:[72] em uma primeira etapa, antes da comissão do delito, com a "*cominação penal*"[73] dirigida à generalidade das pessoas, provocando uma sensação de desagrado e impedindo a comissão do delito; e, em um segundo momento, posterior ao fato delitivo, mediante a "*execução exemplarizada da pena*"[74] e sua influência psicológica em outros, já que do contrário se esvaziaria a ameaça inicial.

Feuerbach estava firmemente convencido de que a solução para o problema da criminalidade se encontrava precisamente no Direito penal.

As duas ideias básicas que compõem essa teoria são a intimidação pela utilização da ameaça às pessoas e a confiança na ponderação e racionalidade do homem, o qual, posto diante do dilema da ameaça de pena, preserva o controle sobre seus impulsos de autossatisfação permanente.[75]

Justamente essa ideia de dissuasão pela ameaça fez com que mais tarde essa teoria passasse a receber a adjetivação de *negativa*, visando diferenciá-la de uma chamada *prevenção geral positiva*, que visaria a *afirmação* de determinados aspectos coletivos e não a *intimidação*.

2.2.2 Comentários críticos sobre a prevenção geral negativa

A prevenção geral negativa foi largamente criticada. Já em seu momento, Kant[76] comentava que se a pena constituísse um meio para conseguir um bem, seja este para o próprio indivíduo ou a sociedade, o indivíduo se instrumentalizaria à consecução de determinados fins, portanto se lhe trataria como um simples objeto e não como homem, em um evidente menoscabo pessoal. Hegel,[77] por sua vez, advertia que se a pena persegue outras finalidades que não a mera retribuição do mal cometido pelo sujeito, se degrada a pessoalidade de quem a padece, posto que a pena não é aplicada em função do apenado, mas sim de outras pessoas.

Ademais, "esta teoria não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinquente: sua confiança em não ser descoberto".[78] Ora, obviamente, não será intimidado, não terá medo da pena, aquele que confia na impunidade, com o que esse fundamento da pena não encontra qualquer justificativa. Impende vincar,

ainda, por oportuno, que a sabida existência de uma alta cifra negra de criminalidade especialmente focalizada na percepção de notícia do delito para a autoridade torna ainda mais evidente o curto alcance da pretensão de intimidação. Em resumo, não seria a pena em si, mas sim a certeza do seu emprego, o que teria efeito dissuasório. Klaus Günther o exemplifica magistralmente ao referir que "as pessoas evitam dirigir alcoolizadas menos em razão da proibição desta conduta pela lei penal ou da ameaça de punição do que em razão do fato de, naquela noite, no caminho para casa, a polícia estar realizando uma *batida*".[79]

Por outro lado, a prevenção geral negativa tende a suprimir a questão da culpabilidade, com a qual não se definem os limites da duração das penas. Isso porque, se a busca é evitar que todos cometam crimes, a pena não guarda relação direta com o sujeito, com a culpa que ele tem pelo fato realizado, ou seja, a ideia de culpa, que é individual, se contrapõe à pretensão preventiva, que é geral. Stratenwerth[80] comenta que os limites para as penas "tampouco podem deduzir-se orientações precisas para a determinação da 'justa' medida da pena, fora da exigência de certa proporcionalidade com respeito ao nível da norma transgredida ou a gravidade, e isto como consequência do juízo de desvalor que a pena contém". Antón Oneca[81] manifestava que "se a intimidação é objeto da pena, se chega a desligar o castigo da culpabilidade". Portanto, haverá tanta pena quanto seja necessário ao propósito intimidatório e não em relação à responsabilidade individual pelo fato realizado.

O ato de prescindir dos limites materiais que impõe o princípio de culpabilidade desencadeia duas tendências vivenciadas no Direito penal de hoje, ambas negativas: em primeiro lugar, o chamado Moderno Direito penal não tem pejo em recorrer aos fatores de intimidação da pena com a finalidade de responder à sensação de insegurança cada vez mais intensa na sociedade atual. Recorre-se mais ao efeito simbólico da pena, incrementando as penas ao chamado clamor público. Nesse processo influem em grande medida os meios de comunicação, agitando as massas. Os políticos, como o mago com sua cartola, sempre creem ter resolvido o problema através de uma Política criminal que identificam como eficaz. O negativo,

na maioria dos casos, é que se recorre ao Direito penal "aumentando as penas", quando é possível que por outros meios de controle social se possa resolver melhor o problema.[82] Em segundo lugar, não é estranho a um *Estado totalitário*[83] recorrer à ameaça da pena para impor seu poder e manter o *status quo*, já que no dizer de Roxin,[84] quem quer manter-se no poder sob intimidação maneja o incremento de pena.

Ainda, há a questão da flagrante desumanidade da ideia de castigar um indivíduo para manipular a conduta de outros, fazendo com que claramente a pena ultrapasse a pessoa a quem é destinada, ferindo princípios básicos de humanidade.[85]

Empiricamente também se constata que a mera existência de cada delito constitui prova flagrante do fracasso e ineficácia da ameaça da pena, como único fundamento de prevenção da criminalidade. Seria inconsistente, desde essa experiência, que o fundamento da pena seja a ameaça. Pelo contrário, essa teoria não tem em conta que a maioria dos autores de delitos atuam sob a esperança de não ser descobertos. Importa mais ao delinquente romper a eficácia da persecução penal do que o peso da pena. Daí deriva o comentário de Roxin[86] no sentido de que:

> "político-socialmente temos que retirar daí a conclusão de que não é uma agravação das ameaças penais, como se exige uma e outra vez no caráter público, mas sim uma intensificação da persecução penal (p. ex.: reforço e melhor treinamento da polícia) pode ter êxito quanto à prevenção geral", na mesma linha do que a centenas de anos anotava Beccaria.

Em reforço a essa convicção García-Pablos de Molina[87] refere que a moderna psicologia põe em evidência que

> "na decisão final influem numerosos fatores, não só – nem sobretudo – a maior ou menor gravidade da pena (esta, por certo, ainda que seja nominalmente a mesma, tem um impacto dissuasório e contramotivador distinto segundo a classe de delito de que se trate, a psicologia de cada infrator, etc.)".

A experiência demonstra, por outro lado, que a motivação que pretende impor a norma penal mediante a ameaça é inacessível a determinados sujeitos (*v. g.*, delinquentes habituais, ocasionais, profissionais, criminosos impulsivos etc.), sendo relevante apenas em crimes onde o sujeito atua refletida e planejadamente (crimes econômicos, ecológicos ou tributários), onde a pena exerce mera função simbólica, já que o índice de sua aplicabilidade tende a zero[88].

2.2.3 Prevenção especial (positiva e negativa)

O foco da prevenção desenvolveu-se não só sob a ideia de contramotivação genérica, mas também de contramotivação específica, partindo da pressuposição de que o autor de um delito é a principal fonte de prováveis novos crimes. Assim, a este se destinava a força da pena, em sentido dissuasório.

Esse modelo representa uma clara ancoragem positivista do direito penal, vinculado, em suas diversas formulações, em pressupostos da criminologia clássica, tanto biologicista quanto sociológica.

O modelo de Direito penal estabelecido sobre as bases do *positivismo* e que leva à *Defesa social* transita de uma responsabilidade moral a uma responsabilidade social derivada do determinismo e da periculosidade dos sujeitos. Fala-se, então, de atuar diretamente sobre o indivíduo com a finalidade de reabilitá-lo socialmente. Obviamente, esse ponto de partida é revelador de uma postura de Estado intervencionista, de cunho social e, para muitos, simboliza o resultado da crise do Estado liberal.[89] "O destinatário, pois, da mensagem 'preventiva' da pena não é o infrator potencial, a sociedade (prevenção geral), mas o próprio apenado. A finalidade ou objetivo primário é evitar a recaída no delito (reincidência)".[90] Nesse último sentido, se pode falar de uma finalidade de prevenção da reincidência.[91]

Essa prevenção de reincidência ocorre em duas vertentes.[92] A primeira, de *prevenção especial negativa*, baseada na ideia de neutralização forçosa dos impulsos criminais de que presumivelmente o autor de delito é portador, mediante a segregação e o afastamento deste do convívio social[93] (não à toa verifica-se um profundo desenvolvimento e vasta aplicação de medidas de segurança de prazo indeterminado

nesse período), incapacitando-o para a prática de outros crimes durante a execução da pena. A segunda, de *prevenção especial positiva*, voltada à face corretiva. Parte-se da consideração que o autor de um delito é portador de um desvio social que demanda uma correção.[94] Daí que o discurso da pena se converte na falácia de "corrigir" ou "curar" o criminoso, tarefa já não exclusiva dos juízes, mas distribuída entre sociólogos, psicólogos, psiquiatras e outros funcionários do sistema penal, todos encarregados da realização de uma espécie de *ortopedia moral*.[95] A correção que compete à pena como função está relacionada às diferentes características pessoais dos sujeitos. Haverá a possibilidade, então, de vários modos de reagir.

Essa forma de utilitarismo se aparta do pensamento de que parte o Contrato Social. A prevenção adquire um sentido completamente diferente ao afastar a finalidade da pena para além das estruturas do sistema.[96] Ao contrapor-se o determinismo à culpabilidade individual do sujeito, a causalidade dos fatos individuais e sociais se explica com base em uma concepção naturalística e a recuperação do indivíduo à sociedade se submete ao emprego do método experimental.

Conquanto o ápice dessa fundamentação teórica coincida com o positivismo científico, os fundamentos dessa teoria podem ser encontrados já em um período anterior, contemporâneo a Kant, na chamada *Escola Correcionalista Ibérica*. Essa escola sustentava a "ideia de que todo homem é, por sua natureza, suscetível de ser corrigido, pelo que a pena deve, antes de tudo, propor realizar a correção do delinquente como única (e melhor) forma de evitar que, no futuro, ele continue a cometer crimes".[97] Esta escola não logra alcançar um auge por ter sido minimizada pelo forte predomínio das teses retribucionistas de então.

O maior desenvolvimento da prevenção especial, em sua vertente negativa, sem dúvida, aparece com a *Escola Positiva Italiana*. Ante o racionalismo inoperante dos Clássicos, as bases criminológicas lombrosianas contrapuseram a concepção naturalística, já que esta explicaria melhor a causalidade dos fatos individuais e sociais. O que se pretendeu foi explicar a razão da existência do homem delinquente. Ao livre-arbítrio, os positivistas contrapõem o determinismo, apoiados em fatores

físicos, individuais e sociais das ações humanas; à responsabilidade moral limitada pela culpabilidade contrapõem a responsabilidade legal ou social derivada do determinismo e a periculosidade. Com isso, o centro de estudo passa a ser o delinquente e não o delito. O delinquente é considerado um doente, pelo que seu estudo deve estar submetido a critérios clínicos. A pena, portanto, de conotações retributivas, deve ceder passo às medidas de segurança que se relacionam com a periculosidade do sujeito, mas não com a gravidade do delito.

A consolidação do modelo correcionalista em forma de programa legislativo, porém, só encontrou sua fórmula acabada na *Escola Sociológica*, no final do século XIX,[98] sob a inspiração particular de Von Liszt. Ele, ao contrário dos positivistas, não desterra a pena nem a culpabilidade. Admite a atitude dos homens para conduzir seus atos (imputabilidade). Decorre daí que a pena tem como natureza a coação psicológica ou motivação individual, dirigida ao sujeito. Por isso, rechaça a responsabilidade dos inimputáveis, ao contrário dos positivistas, já que para estes a responsabilidade legal ou social deriva do determinismo e da periculosidade das pessoas.

A finalidade da pena passa a ser a de satisfazer as necessidades político-sociais com o mínimo sacrifício para o sujeito. A pena-meio, a serviço da luta contra a criminalidade, opera segundo a categoria dos sujeitos aos quais se dirige: delinquentes habitual, passional ou ocasional, reformáveis e irreformáveis, maiores e menores etc. Importa destacar a influência que cobram os estudos criminológicos para a época.[99]

Von Liszt destacou as três formas de atuação da prevenção especial: a intimidação, a correção e a inocuização. A finalidade da pena em Von Liszt[100] é prevenir os delitos *assegurando* a comunidade frente aos delinquentes mediante o encarceramento; *intimidando*, através da pena individual; e *corrigindo* os sujeitos mediante um processo ressocializador. Propõe, paralelamente, *inocuizar* ao irressocializável; *intimidar* o delinquente ocasional; e *corrigir* o autor corrigível.

A pena, em si mesma, "não tem porque se apresentar como problema à população em geral, mas sim como questão que afeta unicamente ao delinquente, cuja

personalidade não guarda relação com o resto".[101] A intimidação individual pretende atemorizar aos delinquentes até o ponto de reprimir neles o desejo de cometer delitos no futuro.

O eventual fracasso no intento ressocializador significa que o membro doente da sociedade haverá de ser extirpado ou exterminado, com o que não se põe em dúvida recorrer à pena de morte ou à perpétua privação da liberdade. Nesse sentido, a prevenção especial tende a procurar uma defesa social através da separação ou segregação dos inadaptáveis, pois somente dessa forma se pode produzir a necessária neutralização de sua periculosidade social.[102]

Diante da óbvia estigmatização associada à perspectiva de prevenção especial de cunho neutralizador, o discurso pouco a pouco se matizou, sem perder, porém, sua essência. É nessa passagem que a doutrina em geral localiza uma diferenciação entre o que se costuma chamar de prevenção especial negativa (no sentido da neutralização) e prevenção especial positiva (residente na ideia de ressocialização).

A *neutralização* passou a ser substituída pela ideia de *integração social* ou de *ressocialização.* A figura do criminoso, ainda central no discurso, deixou de ser associada a um *doente* e passou a ser tratada como um *desajustado* que pode e deve estar integrado ao modelo social em que vive. No fundo de tal perspectiva, late a essência de buscar produzir indivíduos dóceis e conformados aos desajustes sociais que lhes são impostos e adaptados aos limites sociais que lhes são permitidos.

A preocupação pela ressocialização do autor do delito foi bem recebida por uma larga e importante corrente doutrinária que fez parte inclusive do projeto alternativo do Código Penal Alemão de 1966, que foi um momento chave da expressão científica daquele país. Isso fez parte de uma tendência geral, até a chamada ideologia do tratamento, que foi dominante na doutrina desde o final dos anos 50 até os anos 70, quando o balanço das tentativas se mostrou muito longe de apresentar os resultados de diminuição de criminalidade que se preconizava.[103]

A própria reforma do Direito penal alemão de 1975, segundo Jescheck,[104] foi inspirada por tais colocações, que ademais, alude o autor, "coincidem com as grandes tendências internacionais da Política criminal".[105] Isto conduziu à progressiva retirada

e substituição das penas privativas de liberdade de curta duração, à redução das sentenças condenatórias ou isenção de penas em determinadas legislações penais, à configuração das chamadas consequências jurídico-penais não retributivas, à institucionalização dos denominados estabelecimentos de terapia social[106] etc.

Por último, a influência da prevenção especial se deixa sentir também na França com a chamada *Escola da Nova Defesa Social*, de Marc Ancel, onde se admitia abertamente a pretensão curativa da pena e da medida de segurança, a partir da completa abolição de uma dimensão retribucionista da pena.[107]

2.2.4 Comentários críticos sobre a prevenção especial

A favor da prevenção se põe em evidência a importância do tratamento dirigido ao sujeito guardando relação com as características deste, ou seja, a pena resgatar sua característica de individualização. Com a individualização da pena se oferece um método científico ao estudo do delinquente. Desde sua formulação inicial, a prevenção especial costuma ser racional ao procurar “evitar a reincidência do autor, e racional, desde logo, a articulação escalonada dos objetivos intermediários que propõe e o modo de levá-los a cabo segundo a classe de autor de que se trate”.[108]

Contudo, as objeções apresentadas a essa fundamentação são maiores do que os elogios. A pena concebida como um meio de prevenção especial choca com dificuldades desde diferentes ângulos.[109] Francesco Carrara, já no século XIX, já afirmava que os propósitos de punir e curar, de punir e reeducar, de punir e corrigir são totalmente incompatíveis.[110] Até porque, como bem observou a criminologia, a privação de liberdade é fator de produção de reincidência, e não o contrário, em função do processo de dessocialização que ocorre no cárcere e através do efeito secundário de estigma social que se produz no egresso.[111]

Já entre os anos 60 e 70 do século passado, a prevenção especial é abandonada em consequência do avanço das ciências empíricas que põem em destaque a ineficácia da ressocialização; e, desde um ponto de vista político-social, se questiona que o tratamento constitui ingerência ou lesão de Direitos nos sistemas de valores do delinquente.

A estrita orientação do conceito de ressocialização se encontra já superada.[112] A ressocialização, que é uma das finalidades presentes na prevenção especial, evidencia seu fracasso empírico. Por um lado, resulta uma contradição que dentro das condições atuais que oferecem as prisões se possa falar de um eficaz tratamento ressocializador, ainda quando "existem razões fundadas para supor que – pelo menos na execução tradicional da pena privativa de liberdade – o cumprimento de uma pena estimula a recaída no delito".[113]

Também não se pode considerar que a pena consista só na prevenção especial, em casos em que se constate a desnecessidade de readaptação social de seus autores. Como se pode justificar, nesses casos, a imposição de uma pena? Indubitavelmente o fundamento da prevenção especial aqui fracassa. Basta pensar, por exemplo, nos delinquentes de colarinho branco ou na maioria dos que cometem delitos econômicos. Se a pena se justifica exclusivamente sob a prevenção especial, as penas não se aplicariam na maioria desses casos. Hassemer, por sua vez, utiliza como exemplo o fracasso da prevenção especial no julgamento dirigido contra os guardas do muro de Berlim e sua impossibilidade empírica de ressocialização.[114] Que função de prevenção especial pode ter a pena no caso dos delitos culposos ou nos delitos ocorridos em circunstâncias excepcionais? É o caso do exemplo: "no homicídio doloso cometido em uma situação especialmente conflitiva, praticamente não existe o perigo de uma reincidência".[115] Evidentemente, em nenhum desses dois casos se põe em evidência possíveis reincidências.

De outro lado, a que sociedade se deve dirigir a ressocialização? Sob conotações político--sociais não haveria, aparentemente, problemas, se é que os valores do indivíduo coincidem com os valores que impõe o Estado. Mas, o que ocorreria no caso de que não coincidissem (*v. g.*, o insubmisso)?[116]

Quando se propõe reconduzir alguém a se comportar de acordo com os postulados de uma sociedade determinada, o Direito penal passa a servir de instrumento de recondução a um pensamento único e, em outros casos, à manutenção do *status quo* de determinados Estados totalitários. Visto assim, é possível orientar as consequências do delito ao subjetivo, o que pode levar a que as penas sirvam de arma

para a submissão de inimigos políticos.[117] Nesse sentido, apresentamos como exemplo o Código Penal Russo de 1926 e a legislação nazista dos anos 30 e início dos 40, do século XX, os quais bem refletem a ideia de condução política da sociedade à eliminação da dissidência.

Tudo isso implica a instrumentalização do homem aos fins do Estado, com o que se lhe *coisifica* e se perde o respeito à sua dignidade[118] como pessoa, o que é inconcebível dentro de um Estado de Direito.

García-Pablos[119] comenta que as ideias básicas de *periculosidade* e *ressocialização* merecem muitos reparos. A de *ressocialização* parece desgarrar o homem e infunde sérias suspeitas. Trata o delinquente como um *sub-homem* e parte de uma espécie de *declaração de guerra* da sociedade ao criminoso, de um *estado de guerra*, esquecendo os deveres de solidariedade e corresponsabilidade que a própria sociedade tem na produção do crime. Verificam-se ecos dessa perspectiva no discurso político moderno, quando se utilizam expressões bélicas para referir a política pública de segurança, tais como: *combate ao crime, guerra contra o tráfico* ou *guerra contra o terrorismo*.

A ideia de *periculosidade*, por sua vez, parece degradante ao não fazer nenhuma referência à condição específica do ser humano, destacando apenas uma qualidade negativa que pode existir também nas coisas e nos animais.

Desde o ponto de vista garantista, existem problemas se as sanções se medem pela necessidade de ressocialização do agente do delito. Sob esse critério, se pode chegar a aplicar penas de duração indeterminada enquanto se esteja à espera do êxito do tratamento, da mesma forma com que faz o Código Penal brasileiro de 1984, no que respeita às medidas de segurança. Nesse sentido, não existe mais limite do que aquele que marca a necessidade da pena à efetiva ressocialização do sujeito (no caso da medida de segurança, de sua efetiva cura). Evidentemente, se deixa uma brecha aberta para que delitos considerados leves sejam castigados, inclusive, com penas indeterminadas ao constatar-se no delinquente a existência de periculosidade potencial.

O discurso da prevenção especial se expressa através da substituição do critério

objetivo do delito como pressuposto da sanção, pelo subjetivismo da periculosidade do delinquente; migra-se da teoria do delito para a teoria do delinquente. Se cada autor deveria receber a pena de acordo com sua postura de renitência em face das regras, resulta fácil constatar que o fundamento da pena residiria menos no fato do que na figura do próprio autor.[120] Acrescenta Stratenwerth[121] que, a esses fins, a culpabilidade carece de toda função. Ao diminuir-se a valoração entre o delito e a culpabilidade do sujeito pelo fato realizado, contrapondo-se ante isso o determinismo e a periculosidade, tornam-se admissíveis penas desproporcionadas ao fato e indeterminadas. Claro, pois a pena seria passível de aplicação enquanto não houvesse ressocialização.

Ademais, tendo em conta que o Direito penal opera com penas, é curioso notar a afirmação de uma pretensão de ressocialização baseada justamente na privação de contato com a sociedade, representado pela prisão. Torna-se algo completamente paradoxal, pois para treinar alguém a viver em sociedade o Estado compele o autor de delito a abandonar completamente sua vida social.

Depois de tudo, ainda que com muitas críticas, a finalidade ressocializadora permanece vigente como função da pena e, em muitos países, tem *status* de reconhecimento das legislações penais e inclusive constitucionais.

2.3 Teorias mistas ou da união. A pena como prevenção e retribuição

Ante o fracasso das teorias retributivas e as teorias preventivas, concebidas unilateralmente, surgem teorias mistas. Seu mérito consistiu em buscar conciliar exigências retributivas e preventivas, assentando a importância de cada uma em determinados momentos. Porém, é também evidente que a solução simplista de combinação de aspectos isolados por um lado gera inconsistência teórica, fragilizando os fundamentos e argumentos de base e, por outro, soma igualmente as críticas que podem ser apresentadas isoladamente.

2.3.1 Linhas gerais

As chamadas soluções *mistas* ou *ecléticas* são consideradas dominantes no

debate doutrinário e jurisprudencial da virada do século XX para o XXI[122] ao menos no cenário europeu de maior relevância,[123] assim também nas próprias legislações deste período,[124] conquanto encontrem formulações anteriores. Estas fórmulas procuram evidenciar que a simplificação de cada um dos discursos individuais não podia convencer nem justificar a intervenção penal sem os postulados que oferecia o outro. Entretanto, as dificuldades de ajuste entre estas perspectivas tão díspares geraram a obrigatória conclusão de que uma das perspectivas sempre há de sobressair como referência fundamental,[125] o que leva a encontrar diferentes teorias da união.

Em um primeiro momento, as teorias mistas surgiram imersas em uma tendência dominante de retribuição, própria do século XIX, quase como breves matizações daquele conceito, a ponto de que a doutrina[126] costuma referir-se a elas, por vezes, como *teorias retributivas da união*.

Aponta-se[127] comumente como precursora das teorias mistas a proposta de Berner conhecida como *teoria do espaço de jogo (Spielraumtheorie)*, ou *teoria do marco (Rahmentheorie)*,[128] ainda que se reconheça[129] como formulação melhor acabada no período a apresentada por Merkel.

Berner[130] já apresentava a retribuição adequada como sendo aquela que estabelecia um marco (*Rahmen)* para a pena que não correspondia a um *quantum* específico, mas sim a limites máximo e mínimo que compunham um *espaço de jogo (Spielraum*) que representava a culpabilidade do autor, em cuja margem a fixação exata dependeria de considerações de aspecto preventivo, tanto especial quanto geral negativo.

Já Merkel[131] sustentava ser fictícia a contraposição entre retribuição e prevenção, dizendo que a pena naturalmente possui as duas facetas, as quais, na verdade, não podem ser cindidas. Para Merkel, "as medidas de prevenção não são, em geral, pena, salvo quando revestidas ao mesmo tempo das características de uma reação da espécie antes caracterizada, contrária a malefícios reais ou presumidos, ou seja, quando revestidas das características da retribuição".[132] O autor sustentou que a pretensão de separação entre os aspectos retributivo e preventivo da pena seria tão absurda quanto a pretensão de esclarecer se o devedor está obrigado a solver uma

prestação por ter contraído uma dívida ou para que o credor receba o que lhe é devido.[133]

Assim a pena teria um fundamento ético, uma razão de justiça, referida à retribuição, cujo cobro se dá exatamente em atenção à realização de uma política de evitação de novos delitos, pelo que as pretensões de realização do justo e do útil se sobreporiam.[134]

Entretanto, tais perspectivas foram sufocadas pela tendência dominante de adoção de fundamentações unicamente retribucionistas.

Mais tarde, diante do espaço científico obtido pelas ideias de ressocialização nos anos 60 do século XX, ressurgem as teorias mistas, já com perfis nos quais predomina a prevenção, sustentando que esta se realizaria dentro das margens adequadas fixadas pela culpabilidade.[135]

Essas novas teorias mistas ou ecléticas são diversas, como refere Silva Sánchez:[136]

> "Assim, existem as que partem da retribuição como finalidade básica, ideia que resulta logo completada com referências preventivas, como ocorre no Projeto governamental alemão de 1962; ao contrário, se dão fundamentações basicamente preventivas, a respeito das quais a ideia de retribuição da culpabilidade atua como limite. Também dentro dos enfoques preventivos é possível distinguir segundo o papel predominante se lhe assinale à prevenção geral ou à prevenção espacial; na atualidade, e superada a época de predomínio das considerações preventivo-especiais, que cabe centrar em torno ao Alternativ Entwurf alemão de 1966, pode apreciar-se um retorno a construções em que o critério básico é o preventivo-geral. Desde outro ponto de vista, cabe distinguir entre doutrinas que se limitam a superpor os diferentes critérios sem estabelecer uma ordem clara entre os mesmos e outras que intentaram configurar desde perspectivas ecléticas, a missão do Direito penal recorrendo a critérios dinâmicos, ou seja, distinguindo segundo os diferentes momentos da operatividade do mesmo e assinalando a cada um deles fins parcialmente

> diferentes. Neste último nível se situam as conhecidas concepções de SCHMI-DHÄUSER (teoria da diferenciação) e, mais ainda, de ROXI (teoria dialética da união)."

Comenta García-Pablos[137] que tais teorias

> "reclamam uma pena proporcional à culpabilidade, no marco da culpabilidade, se bem que dentro deste âmbito admitem que possam operar os princípios preventivos; o que, a efeitos da graduação da pena, significa: pena ajustada a um fim, mas só no marco que oferece a 'retribuição justa'; a pena justa ou, dito de outro modo: a retribuição será o 'limite máximo' da prevenção".

A *teoria dialética da união*, apresentada por Roxin, procura justificar a pena de modo dinâmico, variando as justificações discursivas conforme a referência ao fundamento ou ao fim da pena.

Na ideia de *teoria mista dialética* perdeu vigência a *intimidação* e a *inocuização*, conforme as propostas de Von Liszt, só permanecendo em pé a finalidade de *ressocialização*, ainda que com fortes críticas.[138]

Roxin tenta diferenciar sua teoria das demais teorias da união, já que em sua colocação a ideia de retribuição não cabe como fim atingível junto às finalidades preventivas.[139] Contudo, destaca em sua postura a culpabilidade como infranqueável no processo de aplicação e limitação da pena. Entende o autor que o princípio de culpabilidade tem uma "função liberal absolutamente independente de toda retribuição".[140] Com isso, ao superar toda a ideia de retribuição, sua posição concilia só a prevenção especial e a prevenção geral. Assim, resulta possível a aplicação da pena onde não se faz necessária a ressocialização do apenado, em razão da prevenção geral. Na situação em que existir conflito entre a prevenção geral e a prevenção especial, demandando cada uma um grau díspar de pena, a situação se resolve outorgando prevalência à prevenção especial, mas sem excluir de todo a prevenção geral. Em resumo, para Roxin[141] a pena, em princípio, não pode superar em sua

gravidade o grau de culpabilidade do delinquente. Só a partir desse limite é possível estabelecer os fins de prevenção geral e prevenção especial em uma teoria unificadora preventiva.

As funções da pena, para ele, se expressam não em conjunto, mas escalonadamente, em três etapas: a cominação legal abstrata, que é a pena contemplada na lei e que opera na forma da prevenção geral; a realização da justiça na mediação judicial da pena, na qual a pena existe para realizar uma proteção ao mesmo tempo geral e especial, no sentido de simultaneamente proteger bens jurídicos e ser respeitosa para com o apenado, ao limitar-se pela culpabilidade; finalmente, a etapa da execução penal, na que predomina a prevenção especial tendente a levar a cabo, no possível, a ressocialização do apenado.[142]

Muitos seguidores da *teoria dialética da união* de Roxin, especialmente na Espanha, desde os anos 80 do século XX, têm acrescentado à pena, ainda, funções derivadas das ideias de prevenção geral positiva.

A chamada *teoria diferenciadora* proposta por Schmidhäuser[143] parte de uma distinção entre o *sentido*, o *fundamento*, a *razão de existir* da pena (*Sinn*) e o *fim*, o *objetivo*, o *propósito visado* por ela (*Zweck*); entendendo-se o primeiro como a base de onde se deve partir; e ao segundo, como o que se deseja com a aplicação da pena. A pena, como fundamento, parte da relação que o sujeito tem com o fato praticado e, portanto, será variável segundo a dimensão do sujeito que a observe ou analise. Ao contrário, o fim da pena deve ser compreendido não como uma mera faceta da aplicação da pena vista por um sujeito determinado, mas como um fenômeno total ou global.[144]

Desse modo, a pena como instituição, para Schmidhäuser, serve como um meio adequado para (tem por fim – *Zweck*) permitir a convivência entre os homens, mantendo a comissão de delitos dentro de um patamar adequado, ou seja, a comissão de pena visa promover certo nível de controle social que permita a convivência entre os homens. A pena não serve para impedir a criminalidade, mas, com base na experiência, verifica-se que dificulta a comissão pública e manifesta de crimes, mantendo o volume de condutas criminosas em patamares suportáveis.[145] Desse modo,

os objetivos da pena coincidem com as ideias de prevenção geral.[146]

Por outro lado, Schmidhäuser[147] admite que a pena pode ter distintos *sentidos* (significados, fundamentos, razões de existir – *Sinn*), segundo as distintas pessoas ou instituições que a promovem. Assim, o legislador fundamenta a pena na ideia de proteção da sociedade, prevenindo-a de ameaças intoleráveis com o instrumental positivo; para os órgãos persecutórios, o fundamento da pena seria a promoção de certa paz jurídica pública, derivada da satisfação pelo esclarecimento, persecução e castigo, que são aspirações da sociedade; para o juiz, a pena se fulcra na busca de justiça através do equilíbrio entre prevenção geral e especial; os funcionários encarregados da execução penal veriam a pena como um mecanismo que deve tornar proveitosa sua passagem pelo cárcere, visando tornar o apenado socialmente útil, e até mesmo para o apenado a pena se revestiria de um sentido, o de expiação da própria culpa.

2.3.2 Comentários críticos às teorias mistas

Em primeiro lugar, em face das clássicas teorias mistas do "espaço de jogo", a crítica deve ser dirigida ao campo metodológico.[148] Nenhuma das proposições mistas consegue explicar a fusão dos diferentes pontos de vista preventivo e retributivo, sob vários aspectos. Por exemplo: como explicar que possa a pena ao mesmo tempo fundamentar-se retributivamente na ideia de culpabilidade e também preventivamente na ideia de periculosidade? Ou se castiga o sujeito porque é culpado, ou pelo perigo que representa sua impunidade em face de possíveis novas ocorrências delitivas. Qual, afinal, há de ser a justificativa para o castigo? É absolutamente inevitável a prevalência valorativa de um critério sobre o outro,[149] restando impossível a justificação minimamente coerente da pena.

Feijóo Sánchez[150] deixa a questão evidente com a proposição de um problema prático, demonstrando a necessidade de prevalência de um dos dois critérios, ao perguntar: "como poderia, de outro modo, traduzir o julgador na fundamentação de uma sentença a constatação de que o delinquente foi influenciado em sua personalidade por uma infância desairosa, com contínuos maus-tratos, se do ponto de

vista da culpabilidade este pode ser um fator de atenuação da pena e do ponto de vista da reincidência, um fator de agravamento?”.

Sustenta-se que as teorias da união não podem considerar-se como um ponto concluído da evolução das doutrinas legitimadoras da intervenção final, já que fracassam na resolução das antinomias dos fins, já que aparecem e infravaloram a significação do Direito penal como instituição garantista.[151]

Destaca-se a impossibilidade, no âmbito das teorias da união, de pretender conciliar postulados eminentemente opostos como a retribuição, de evidente caráter prejudicial ao condenado e a ressocialização que o beneficia. Acrescenta Stratenwerth que “o sentido de castigar determinados comportamentos irregulares dificilmente pode deduzir-se de uma das teorias penais que concorrem com as outras e ademais, tampouco pode lograr-se sobre a base de algumas das teorias ‘da união’”.[152]

Para Muñoz Conde,[153] “toda solução de compromisso desemboca em um ecletismo que, querendo contentar a todos, não satisfaz a ninguém”. Não parece que uma concepção que tente justificar a pena sob um fundamento, logo, sob outro, possa cobrar uma consistência necessária à sua justificação.

De outro lado, também não convence o argumento da chamada “teoria dialética da união”, no sentido de que com a colocação em vigência da norma, o Estado ameaça à generalidade das pessoas, evitando, à maneira de prevenção geral intimidatória, a comissão de delitos, e depois, no momento da aplicação da pena, se sustente que a mesma pena se justifica para demonstrar à generalidade das pessoas o que sucede com o agente que transgride a norma; para, finalmente, no momento da execução da pena, esquecendo todo o dito anteriormente, com a mesma pena, se sustente que se tem por finalidade a ressocialização do agente. Trata-se, desde logo, de um exercício impossível e inconsistente para sua justificação, posto que levaria à conclusão de que aquilo que justifica a previsão da pena não vale para sua cominação nem para sua execução.[154]

Menos mal está a proposta que admite a convivência de todos esses fatores durante todo o tempo, ou seja, desde a elaboração da norma até sua execução,

passando por sua cominação, mas com a preponderância de um ou outro fim dependendo de seu momento.

Ademais, o intento de isolar a retribuição da culpabilidade simplesmente não é possível, posto que não é possível entender qualquer critério apenas como limite. Tudo o que limita também fundamenta e o inverso também é verdadeiro, ou seja, tudo o que não serve de fundamento, tampouco se presta a configurar um limite.[155] Ocorre que a retributividade vive na culpabilidade, esta não é senão seu produto único. Ninguém em sã consciência, desde que afastamos a responsabilidade objetiva, aplica punição por mero castigo, senão em razão da culpabilidade.[156] A culpabilidade aparece, pois, como pressuposto inalienável ante as concepções não retribucionistas, como bem refere Welzel,[157] ao afirmar sobre a culpabilidade que mesmo "os contrários ao pensamento da retribuição recorrem [...] também a essa medida".

Ademais, a apresentação que Roxin faz do conflito hipotético entre a prevenção especial e a prevenção geral fica sem solução, na medida em que ele não chega a oferecer um *marco de referência* definitivo para a pena, constituindo um claro sintoma da incompatibilidade da pretendida união. Vistas assim as coisas, é possível fazer à proposta de Roxin todas as objeções que cabíveis à teoria do *espaço de jogo*.[158]

Em resumidas contas, a *teoria dialética da união* não oferece mais do que nenhuma das antigas teorias da união.

A *teoria diferenciadora* de Schmidhäuser tem destaques interessantes, conquanto apresente conclusões que soam tão falidas quanto as demais proposições.

Induvidosamente merece atenção o fato de ter o autor percebido dois aspectos: o caráter múltiplo da pena e a sua aproximação à ideia de controle social.

Em primeiro lugar, é forçoso reconhecer o caráter empiricamente multifacetado que gerou as diferentes perspectivas da pena apresentadas pela doutrina tradicional. Schmidhäuser identifica com acerto que, vista de distintos pontos de vista, a pena surge como fenômeno que se justifica de diferentes formas. Entretanto, não parece gozar do mesmo acerto o modo pelo qual o referido autor explica o fenômeno. Propõe a *teoria diferenciadora* que as penas não são vistas como prevenção geral negativa

ou positiva, prevenção especial negativa ou positiva e retribuição somente segundo as pessoas que as observam. Porém, não é o ponto de vista pessoal do observador que faz com que a pena seja considerada de uma forma ou de outra. Na verdade, *a mesma pena considerada como fenômeno empírico contém todas essas facetas*. É certo que o ponto de vista de cada um revelará a predominância de um ou outro aspecto, mas todos eles estão igualmente presentes. O problema é que essa presença deriva do fenômeno pena considerado como tal, como manifestação concreta de castigo. As distintas facetas não são mais do que efeitos que a pena necessariamente produz, portanto, não podem ser o seu sentido. Isso porque o sentido, ou seja, a razão de existir, ou fundamento, de um lado, não tem que corresponder empiricamente àquilo que o fenômeno produz (aí as diferenças entre funções e missões do direito penal) e, de outro, os efeitos produzidos vêm depois da presença do fenômeno, e não antes, como deve vir a sua razão de existir, o seu fundamento, a razão de sua criação.

Em segundo lugar, Schmidhäuser mais uma vez acerta ao afirmar que a pena se presta ao controle social daquilo que a sociedade considera intolerável, de modo a preservar a sociedade em sua expressão de convivência possível. Porém, o autor sustenta ser este o *fim*, a *meta*, da pena. Aí reside, outra vez, uma falha de sua concepção. É que esse objetivo, de estruturação social, é uma meta que não se pode almejar pela via da aplicação de pena. A estabilização social não se obtém a golpe de direito penal. Na verdade, aquilo que Schmidhäuser identifica como o *fim* (*Zweck*) é justamente o *sentido* (*Sinn*), ou seja, o fundamento, a razão de existir, não só da pena, mas de todo o sistema penal. A própria existência do sistema penal, desde a imputação até a final execução de pena, justifica-se como controle social do intolerável, exercido através da proteção seletiva de bens jurídicos.

Assim, como balanço final da teoria de Schmidhäuser é possível dizer que ele se aproxima consideravelmente de uma *descrição* dos elementos que – na opinião aqui subscrita – devem ser manejados para a formulação de uma adequada teoria a respeito da pena. Por outro lado, em termos propositivos, cumpre manifestar uma profunda discordância para com o modo pelo qual o autor maneja as ideias de *fundamento* e de *fim* da pena.

3 A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA. OS MODELOS DERIVADOS DAS CONCEPÇÕES SOCIOLÓGICO-FUNCIONALISTAS

O fracasso clamoroso dos modelos de prevenção – quer especial, quer geral, quer mistos – levou a algumas conclusões especialmente pessimistas oriundas da criminologia e da sociologia criminal, que podem ser resumidas na conhecida expressão *nothing works*. A desanimadora conclusão de que nenhum modelo punitivo oferecia qualquer resultado satisfatório promoveu, no campo do discurso penal, diferentes posturas, que têm em comum o fato de buscarem uma análise externa do sistema punitivo.

Uma dessas posturas deriva do desenvolvimento exponencial da sociologia criminal, especialmente a norte-americana.

É bem verdade que a pena e o sistema punitivo são foco de atenção da sociologia especialmente desde Durkheim[159] na Sociologia Europeia da virada do século XIX para o XX, mas seu desenvolvimento maior se deve principalmente a Talcott Parsons[160] e Robert Merton.[161]

Já em Durkheim, a partir de sua consideração do crime como um fato normal, também sobrevinha a ideia de que a punição de tal crime tinha um efeito igualmente positivo, na medida em que produzia um fator de integração social, já que unia as pessoas em torno da rejeição de um determinado comportamento considerado de rompimento com o padrão ótimo estabelecido.

O foco de Durkheim, claramente, não é o criminoso em si, mas sim, muito mais os demais integrantes do sistema social.[162] Assim, ele desenvolve a ideia de que a ocorrência do comportamento desviado do padrão e sua respectiva sanção constituem fator de geração de solidariedade e coesão social, na medida em que as pessoas unem seus sentimentos em face do repúdio provocado ao crime.

O reconhecimento como delito deve ser reservado para os fatos efetivamente graves, pois do contrário ocorre a trivialização do crime, gerando como efeito que os próprios crimes graves sejam considerados igualmente crimes e, portanto, banalizados. Ademais, a punição exagerada do fato insignificante faz identificar a injustiça do sistema e trasladar a injustiça do fato ao próprio sistema como um todo,

gerando sério questionamento sobre a totalidade do esquema punitivo. Com isso, o que se obtém é justamente o contrário do pretendido, ou seja, se produz um resultado disfuncional para o sistema social.

Com essa perspectiva, é necessário perceber que não é tanto o castigo em si o importante, mas a reprovação coletiva à atitude do sujeito. O sofrimento ou não do criminoso é irrelevante, o importante é que a sociedade perceba que o valor por ela compartilhado segue sendo objeto de respeito, consenso e capaz de gerar coesão em torno de sua defesa.[163]

Essa ideia de funcionalidade é levada avante principalmente por Robert Merton.

Para Merton, com destaque para o seu artigo *Social Structure and Anomie*, de 1938. Nesse escrito, Merton põe em cheque a concepção da psicologia *freudiana*, no sentido da existência de uma origem individual e egoísta do comportamento desviado, e procura demonstrar que sua origem é social e cultural. Ele afirma literalmente que "algumas estruturas sociais exercem uma pressão definida sobre certas pessoas da sociedade para que sigam uma conduta inconformista e não uma conduta conformista"[164] e, por via de consequência, "algumas formas de conduta divergente são tão normais psicologicamente quanto a conduta conformista",[165] o que põe em dúvida a "equação entre desvio e anormalidade psicológica".[166]

Segundo Merton, são cinco as hipóteses de resposta ao estímulo social desviante, consistente nos potenciais de frustração socialmente induzidos: o *conformismo*, ou seja, o ato de ceder à imposição social sem rebelar-se, sendo a única opção não desviante; a *inovação*, consistente no emprego de meios ilegítimos para a realização dos objetivos culturais; o *ritualismo*, consistente na sublimação das pretensões e redução dos horizontes sociais; a *retração*, consistente no abandono das metas culturais e simultaneamente das normas institucionais, é o abandono completo das regras e metas, como ocorre com os bêbados, *junkies*, mendigos etc., que embora estejam na sociedade, não fazem parte dela; e a *rebelião*, consistente na rejeição dos objetivos culturais e dos meios institucionais, através do estabelecimento de novos valores e novos critérios de êxito.[167]

Trata-se, portanto, de uma verdadeira teoria do determinismo sociológico, em

perspectiva absolutamente funcionalista, pela aceitação do caráter normal e funcional do crime, como derivação da estrutura social.[168]

Como se nota, a perspectiva retira o homem do centro da discussão, passando a considerar, essencialmente, por um lado, que é o próprio sistema social o que provoca e desencadeia a criminalidade como fato normal e, por outro, que a reação punitiva contra o crime é também tomada desde uma perspectiva sociológica, ou seja, que põe como centro de atenção e interesse não o indivíduo em si, mas sim a manutenção de uma estrutura social.

É dessa perspectiva que arranca, a partir dos anos 1960 e 1970, um ponto de vista político-social do direito penal e em especial da função da pena, assentado sobre a ideia de que a pena se justifica por fatores sociológicos de coesão e estruturação. Se o sujeito é parte indissociável da sociedade em que se vê inserido, a sua própria preservação dependeria da preservação daquela. Portanto, o direito penal e a própria pena, segundo essa perspectiva, devem ser vistos como parte indissociável do todo sociológico em que se veem inseridos, razão pela qual é a preservação desse todo sociológico, dessa estrutura complexa, que deve ser a função do sistema punitivo.

Na passagem da proposta de Durkheim para a de Merton, verifica-se uma progressiva alteração da centralização da questão penal no sujeito. Enquanto que para Durkheim o problema do crime constituía claramente um desvio de comportamento determinado pela maior ou menor internalização dos valores socialmente compartilhados pelo autor do crime, a questão passa a ser progressivamente mais estrutural nas hipóteses de Merton, a ponto de considerar cada vez mais a prática criminosa como uma violação normativa-estrutural. Essa questão ficou ainda mais evidente com a adição da concepção funcionalista da norma, como expectativa contrafática, que ficou explícita de modo mais evidente com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.[169]

Assim, para a teoria dos sistemas, a própria sociedade é um sistema que se constitui de outros subsistemas, entre eles, o subsistema jurídico. Todos os subsistemas sociais sobrevivem segundo determinações normativas, tomando-se a

norma como expectativa contrafática. A validade normativa, e consequentemente, a estruturação do sistema por ela composto, depende de sua afirmação valorativa pelos sujeitos a ela submetidos. Assim, a afirmação do próprio subsistema jurídico depende da afirmação contrafática das normas jurídicas. A função das normas passa a ser, portanto, de equilibrar o sistema.

Nessa toada, o pensamento sobre as funções que o Direito penal cumpre ou deve cumprir no arcabouço social passa a corresponder exatamente às perspectivas que se toma em termos do discurso fundamentador da pena.

As funções do Direito penal passam a ser questão fundamental para sua afirmação.

Essa conclusão é elemento essencial de todo o Direito penal moderno dentro da tendência que se denominou funcionalismo. Essa perspectiva consiste em pensar o Direito penal a partir das funções que cumpre e que deve cumprir, organizando toda a sua estrutura sistemática em torno desse objetivo.

Dentro das hipóteses funcionalistas derivadas da sociologia norte-americana, são analisadas distintas tendências funcionalistas e, conforme tais tendências, são reconhecidos diferentes papéis para as penas. As correntes funcionalistas veem crescer seus fundamentos legitimadores ante o fracasso dos demais.

Desenvolve-se, por um lado, na esteira de um funcionalismo teleológico, consciente dos malefícios do sistema penal, e que enxerga a função do direito penal como sendo a proteção seletiva de bens jurídicos, uma proposição sistemática reducionista e garantista, cuja tese sobre os fundamentos da pena é denominada teoria da *prevenção geral positiva limitadora.* Essa perspectiva tem seu *alter ego* em um funcionalismo pragmático, cuja consciência sobre a aparente iniquidade do sistema penal não representa empecilho para sua sustentação meramente parnasiana, desprovida de outro sentido para além de sua própria manutenção, cuja razão de ser da pena que gera a chamada teoria da prevenção geral positiva *fundamentadora*.[170]

3.1 Os modelos funcionalistas de prevenção geral positiva

Dentro do funcionalismo é necessário distinguir a vertente fundamentadora e a

vertente limitadora, ainda que ambas gozem de muitos elementos comuns. Trata-se, na verdade, da organização do sistema penal em face das funções da pena, que partem sempre do reconhecimento de que a pena cumpre funções diversas da prevenção e da retribuição. Divergem apenas em conceber quais são suas reais diretrizes fundamentais.

3.1.1 Prevenção geral positiva fundamentadora

Segundo se noticia, "a teoria da prevenção geral positiva aparece nos anos 1970 como uma nova teoria de reflexão (produzida e reproduzida internamente pelo sistema jurídico) para justificar a pena criminal".[171] Isso ocorre em função da "insatisfação geral do mundo acadêmico com as teorias dissuasivas, retributivas e ressocializadoras, combinadas ou isoladas".[172]

As bases ideológicas dessa postura se encontram na teoria do sistema social de Nicklas Luhmann[173] e nas ideias do dano social que preconiza Talcott Parsons.[174]

Com Talcott Parsons, o controle social passa pela "domesticação do cidadão", constituindo um processo de neutralização das condutas desviadas. Sierra López comenta que, nesse sentido, "o Estado capitalista aparece como um Estado interventor nas relações entre seus cidadãos para manter a harmonia do sistema social. O indivíduo deve estar socializado, aceitando e assumindo as regras do consenso social".[175] Acrescenta Sierra López que, nessa ordem de coisas, "o castigo perderá seu significado tradicional de expiação ou inocuização para adquirir uma função de integração ao sistema, de forma que mantenha a estabilidade do mesmo".[176]

Nicklas Luhmann parte de considerar a sociedade como um *sistema independente* do indivíduo, que por si só constitui um subsistema psicofísico. Por isso, as modificações que o cidadão produz se traduzem no sistema, o qual gera novas expectativas ante seus membros, que assimilam ou rechaçam as expectativas produzidas, mas não de forma individual senão como um sistema social completo. As expectativas individuais são manejadas através de róis, cujo cumprimento determina a harmonização do sistema, que se racionaliza através de sua funcionalidade.

Aplicando essas propostas ao Direito penal,[177] Jakobs sustenta que o Direito

como sistema se legitima desde sua aceitação pelo sistema social. O que se lesiona, logo, não são bens jurídicos,[178] senão a norma mesma e a consequente confiança institucional dos indivíduos depositada nele. A pena, portanto, chega a estabilizar a norma e a confiança que nela têm os indivíduos, gerando credibilidade e fidelidade ao Direito.[179] A prevenção, assim, se realizaria positivamente, na medida em que o escopo da coerção normativa seria confortar a consciência dos cidadãos em geral a respeito da estabilidade da vigência da norma desafiada pelo comportamento do delinquente, em contraposição à prevenção geral *negativa*, baseada na ideia de produção de intimidação. No preciso comentário de Feijóo Sánchez,[180] "a pena estabiliza a identidade pessoal dos cidadãos fiéis às normas que assumem como projeto pessoal tal rol de fidelidade. Dessa maneira, a pena garante que exista ordem social".

O próprio Jakobs não assume inicialmente um perfil tão ajustado ao modelo sistêmico. Sua primeira concepção da pena, derivada da influência de seu mestre Welzel,[181] estava vinculada à missão do Direito penal traduzida em assegurar a vigência dos "valores éticossociais positivos da ação".

Somente em uma segunda etapa do desenvolvimento de suas teses é que o autor assume que a missão da pena Estatal à prevenção geral, confirmando o reconhecimento normativo.[182] A lesão da norma, em Jakobs, é o elemento decisivo do Direito penal.[183] Daí que a missão do Direito penal, que opera através das consequências jurídicas do delito, tenha natureza ético--social porque proíbe e castiga a violação dos valores expressos na norma.

A norma deveria ser mantida simplesmente pelo fato de ter sido contraditada pelo delito. Ora, obviamente, não é essa a postura geral da sociologia que poderia ser derivada da assunção de um funcionalismo, posto que em todas as teses sociológicas sempre existe a possibilidade de assimilação da conduta desviada, o emprego da reação não é opção obrigatória.

No contexto proposto por Jakobs, aparecendo a pena como contradição ao rompimento da norma e estabilizando-a, esta tem que se impor sem que existam razões de prevenção geral ou prevenção especial que a justifiquem, pelo simples fato de

existir um rompimento com a norma.

Há quem enxergue[184] três etapas "evolutivas" do fundamento da pena desse autor.

Desde logo me adianto em afirmar que não existe nenhuma "evolução" em um pensamento que paulatinamente se pauta pela progressiva exclusão de pessoas.

De qualquer sorte, com vistas à exposição mais veemente do absurdo, convém referir que mais recentemente, Jakobs vem defendendo um verdadeiro direito penal de autor, traduzido na funesta expressão *direito penal do inimigo*, para afirmar que a função da pena se baseia na função que o direito tem "para as pessoas fiéis ao direito".

Jakobs pretende dissociar a pena de um critério de justiça, substituindo-o por um critério de merecimento de pena.[185]

Em termos resumidos, Jakobs pretende, a um só tempo, hegelianamente reagir à atitude rebelde em face da norma manifestada pelo autor e prevenir a erosão da confiança na validade e estabilidade da norma.

3.1.2 Prevenção geral positiva desde postulados garantistas (limitadora)

Hassemer é quiçá o autor que dá melhores cores ao modelo discursivo de prevenção geral positiva, introduzindo-lhe uma dimensão limitadora. Aliás, seu ponto de vista foi objeto de sua última monografia de fôlego,[186] na qual apresenta uma perspectiva que, por um lado, faz veemente crítica aos perigos do abolicionismo, ao tempo em que defende um ponto de vista que em muito se aproxima do que nesta obra se entende por correto.

Ele parte da definição do Direito penal como instrumento formalizado de controle social que, ao lado de outros sistemas não formalizados, é responsável pela estabilidade da sociedade. Sustenta que a prevenção geral não deve entender-se sob conotações intimidatórias, senão para assegurar as normas,[187] e influir nos demais processos de controle social não formalizados. Acrescenta Hassemer que "este asseguramento das normas se pode produzir através da criminalização ou da agravação das sanções já existentes, mas também com a descriminalização ou com a

atenuação das penas”.[188]

O Direito penal deve estar orientado para as consequências sociais que provoca.

As normas, sob esse contexto, não se estabilizam nas pessoas nem nos grupos pela intimidação, e sim, ao contrário, pelo convencimento social de que são idôneas, ou seja, que servem para melhorar a convivência.[189] Hassemer[190] entende fundamental a existência de alguma ordem social e essa ordem social que se quer manter depende da existência de certos mecanismos de controle, entre eles o controle social penal, tal como admite a Sociologia de Parsons.

Hassemer não nega que as raízes dessa concepção remontam a Hegel,[191] mas ressalta que sua concepção não se resume à proteção da norma por si mesma, tal como no modelo hegeliano ou na ideia de prevenção geral positiva fundamentadora. Ele defende que seu ponto de vista é uma variante da prevenção geral positiva, que tem em comum com aquela o ponto de partida: a sanção é inevitável onde se tenha infringido a norma, se é que se pretende que a norma siga vigente. Porém, as normas também representam os limites da possibilidade de sua própria aplicação, ou seja, as regras servem também para aqueles que as aplicam. A norma estabelece uma sanção como reação proporcionada à sua violação e aí estão impostos limites. Toda vez que alguém ultrapassa esses limites, estará, outra vez, violando a norma e, por seu turno, colocando-se na condição de ser sancionado. O controle social se exerce também em face do próprio sistema de controle social pela limitação normativa, em especial, daquelas instâncias de controle não formalizadas.[192]

Assim, partindo de que a criminalidade e a conduta desviada são manifestações inerentes aos valores sociais partilhados por uma sociedade determinada, não havendo um crime em si, ontologicamente determinado. Portanto, são as próprias mudanças sociais que provocam as mudanças dos perfis de criminalidade, gerando uma situação em que o crime obrigatoriamente faz parte de qualquer sociedade. Não se pode imaginar uma sociedade isenta de crime, nem se pode imaginar uma sociedade sem mecanismos de controle, já que este é inerente à presença da conduta desviada e reage em razão direta do rechace social ao desvio em questão, ficando

fora do controle social – desformalizando-se – aquelas condutas cujo desvio não produz uma reação social de certo vulto.

Por isso, Hassemer defende o seguinte:

> "Nós necessitamos do Direito penal, o Direito processual penal e as penas, uma vez que eles restringem os procedimentos de controle social, os tornam avaliáveis e controláveis e os conectam a princípios fundamentais que servem à proteção de todos os seres humanos vinculados a este difícil conflito que tem a haver com a infração da norma: os prováveis responsáveis, os sentenciados, as vítimas, as testemunhas, os que repartem a justiça e finalmente a sociedade. Formalizar o controle social não é outra coisa mais que limitar as faculdades de ingerência penal."[193]

Essa posição, denominada *prevenção geral positiva*, na visão de Hassemer[194] deve ser submetida às seguintes garantias: os *fins da pena tradicionais*, como a ressocialização e a intimidação geral, têm presença nesse novo enfoque, ainda que seja de forma secundária, já que constituem meios que perseguem as normas fundamentais; a *justiça penal* não é entendida de forma abstrata, senão como satisfação do coletivo social sobre essa ideia de justiça, com o que se chega à estabilização da norma.

Desse modo, pode-se dizer que na proposta de Hassemer, o controle social formalizado representado pelo Direito penal orienta os implicados no conflito, delimita as possibilidades de intervenção, distancia o autor e a vítima e ainda soluciona o conflito mediante a apropriação do conflito e imposição sobre o ofendido de uma vedação a uma reação pessoal sua contra o autor.[195]

Com essa proposta, a teoria da prevenção geral, entendida corretamente, se funde com as limitações impostas ao sistema jurídico-estatal. Alude Morillas Cuevas a que "somente dentro destes limites pode o sistema jurídico-penal ajudar à estabilização das normas sociais".[196]

A afirmação da necessidade de pena é, em resumo, a afirmação dos limites a

que pode chegar o Estado em face da conduta delitiva ou desviada. Nada mais. Nesse sentido, garante contra a eventual injustiça do castigo.[197]

Segundo esse enfoque, a vítima não é só a pessoa individual lesionada. Na verdade, o delinquente afeta a "categoria penal da vítima" que, em sentido normativo, somos todos nós. Assim, para a sobrevivência dessa estrutura normativa, se faz necessária a enérgica correção do agente demonstrando a intolerabilidade do rompimento da norma.

3.2.3 Comentários críticos sobre a prevenção geral positiva

Essas posições não estão isentas de críticas desde diferentes ângulos.

Em primeiro lugar, alguns autores viram nessa posição o ressurgimento de concepções puramente retributivas,[198] porquanto em sua estrutura segue a tradição metodológica neokantiana. Mesmo em sua dimensão mais pretendidamente garantista, denotam-se ecos de postura *hegeliana*, sempre e quando propõe a pena como forma de reação ao desvio de conduta.

Ademais, parece clara a existência de um reducionismo já que o foco da pena se reduz a um dos efeitos que ela produz, que é, sem dúvidas, o estímulo ao comportamento obediente às regras. Porém, esse não é o único efeito produzido pela pena. A produção de medo (intimidação) ou de confiança na vigência da norma ocorre simultaneamente como efeito da aplicação de uma pena e não pode, em nenhum caso, justificá-la, sob pena de rendição das missões do direito penal às suas funções. Vale dizer, sob pena de simplesmente admitir-se como fundamento da existência da pena, somente uma parte do produto final de sua aplicação, desprezando os demais, e ainda, afirmando sua validade através de seus efeitos. Não se altera aqui a dinâmica que vem sendo mantida desde as teorias absolutas.

Faz já alguns anos que foi identificado, inclusive, que nas propostas dos máximos expoentes do retribucionismo clássico, que não estiveram ausentes as finalidades sociais como fins da pena, ainda que seja de forma secundária. Hassemer[199] adverte a respeito da possibilidade de interpretar que, inclusive em Kant, a justiça não é um fim, mas sim "condição da vida social em comum". Silva

Sánchez[200] comenta que esse conteúdo social da pena se vê em Hegel através da ideia do “restabelecimento do Direito”.

A partir dessas finalidades dedutíveis secundárias, a prevenção geral positiva inicia suas propostas, mas não entendidas no *sentido clássico*[201] do termo da *justiça absoluta*, e sim tendo como finalidade objetiva empiricamente admitida pelo sistema social a estabilização da norma e a confiança na mesma. Em palavras de Silva Sánchez:

> “Provavelmente não é que Jakobs seja ‘retribucionista’ no sentido clássico do termo, senão que a retribuição, perdido seu suporte nos ideais de justiça absoluta, pode ter se convertido progressivamente em uma concepção preventiva-integradora, ao substituir aquela ideia de justiça absoluta pela compreensão de que a aproximação a uma sanção penal justa existe em um corpo social de configuração concreta e em um momento histórico determinado. Sob esta interpretação, uma ‘sanção penal justa’ deve guardar correspondência com a ideia que sobre a mesma tenha a sociedade; isto, inicialmente, gera confiança no Direito ao estabelecer a norma, daí sua característica preventiva--integradora.”[202]

Acrescenta Silva que “esta ideia de castigo justo haveria de ser satisfeita, pois, do contrário, se corre o risco de não manter a confiança no Direito, de não estabilizar a norma e de que, consequentemente, se produzirão situações indesejadas”.[203]

Porém, apesar de que a prevenção geral positiva inicia sua proposta a partir das teses retributivas, não adota delas os limites estabelecidos pela culpabilidade, pelo contrário, os rejeita. O conceito de culpabilidade desaparece, contrapondo-se ao mesmo a reprovação que pesa sobre o autor por atuar contra os valores reconhecidos na norma jurídica. Nessa ordem, esquece-se o Direito penal de sua função primordial enquanto instância de controle formal, que está condicionada por diferentes limites e garantias.[204]

A respeito, comenta Hassemer, que já Feuerbach entendia que a pena devia cumprir um fim:

> “Ao princípio de culpabilidade se lhe outorgava uma função limitadora e não fundamentadora da pena; e dentro destes limites era possível pretender consequências empíricas favoráveis (correção, intimidação). Em troca, hoje um conceito de prevenção tende a converter-se em um modelo de intervenção que supera e desqualifica como obstáculos para uma orientação social efetiva os princípios de proporcionalidade, igualdade de trato, ou legalidade (ou seja, os princípios do Direito penal formalizado […].”[205]

Indubitavelmente, o fato de prescindir de parte dos limites que se impõem ao *ius puniendi*, conduz à “legitimação e desenvolvimento de uma Política criminal carente de legitimação democrática”,[206] acessível ao estabelecimento de um Direito penal simbólico, a pedido do consumidor. É que não há qualquer possibilidade de crítica, e nem a proposta busca justificar-se. É o próprio Jakobs quem o admite, ao afirmar que

> “a pena deve garantir a segurança das expectativas nos contatos sociais, possibilitando a existência da própria sociedade. O modelo não facilita uma justificação do porque se deve proceder assim, ao contrário, simplesmente pressupõe que a ordem social vale o custo que se impõe ao infrator da norma”.[207]

Por outro lado, no aspecto fundamental para um Direito penal garantista, resulta que se desatende ao objeto de proteção jurídico-penal, qual seja, o bem jurídico. Castiga-se, então, pelo fato de o autor do delito rebelar-se contra a norma em vez de produzir a ofensa a um bem jurídico.[208] O que sucede é que quando se defende a norma independentemente de seu conteúdo, não há nenhuma segurança jurídica. A norma em si mesma pode adquirir qualquer conteúdo, qualquer valor.[209] Pode estar refletindo um Estado democrático ou ocultando um Estado totalitário. Daí a necessidade do elemento referencial ao bem jurídico que evidencia ou põe a descoberto o que realmente se protege com o Direito.

Se a pena é criada com o propósito de *garantir a fidelidade à norma* e

reafirmar sua vigência perante a população em geral, sabido que a prisionização conduz ao incremento da criminalidade, vê-se que a própria estabilização da norma não pode ser alcançada por essa via. O efeito punitivo resulta falso e meramente simbólico, pois ao produzir mais pena, produz mais crime, que logo exigirá mais demanda por leis criminalizadoras, retroalimentando o sistema e abrindo espaço para sua permanente exploração política.[210]

Na versão mais radical, em que Jakobs começa a introduzir uma diferenciação segundo as pessoas, a coisa se torna ainda pior, pois se soma aos defeitos uma tendência ao direito penal de autor.

Aliás, mesmo tomada desde um ponto de vista comunicativo, o reducionismo na proposição de Jakobs é flagrante, já que não se demonstra porque a reação contrafática há de ser no sentido da aplicação da pena, uma vez que existem outros atos perlocutórios capazes de transmissão do sentido de quebra da regra, abrindo-se outras reações possíveis.[211]

Não se isenta de crítica a postura da prevenção geral positiva limitadora. Isso porque aparece ali um critério insuficiente de delimitação do sistema penal. Embora seja necessária, a mera formalização do sistema de controle, conforme pretende Hassemer, não produz, por si só, nenhuma garantia. É necessário o socorro de um critério de identificação com seu caráter de *ultima ratio*.

Desse modo, não é possível sustentar que a estabilização normativa e a limitação do próprio sistema de controle social seja justificativa suficiente para a pena. É necessária a adição do componente redutor, derivado do conceito de bem jurídico e de critérios de posicionamento emergencial da intervenção penal no arcabouço das estruturas estatais de controle social.

4 O DISCURSO CRIMINOLÓGICO DA PENA

As descobertas científicas da criminologia radical, em especial a partir dos anos 70 do século XX, começaram a compor um discurso crítico do próprio sistema penal, manejando fundamentos irrefutáveis como a cifra negra,[212] a teoria do *labbeling approach*[213] e a ideia dos processos de criminalização[214] levando à

elaboração de discursos críticos do sistema penal em si.

Entre as correntes criminológicas, sustentou-se que o Direito penal evidencia sua incapacidade como instrumento de controle social,[215] e que, pelo contrário, constitui um instrumento criminalizador. Com isso, se colocou em cheque a própria validade da existência do sistema penal. Descobriu-se fundamentalmente que o próprio sistema penal era a fonte primeva da criminalidade, o que conduziu às conclusões sobre a necessidade de sua redução e até do seu desaparecimento. Por isso, se propõe, segundo algumas perspectivas, a abolição do Direito penal. Em outra vertente, mais moderada, porém, incongruente para com sua própria crítica, pretende-se o reducionismo garantista do sistema de imputação.

Serão apresentadas a seguir duas das principais teorias a respeito da pena que brotaram do discurso crítico, bem assim, serão comentadas suas relações com as tendências abolicionistas e reducionistas do sistema penal.

4.1 Teoria materialista/dialética[216]

A teoria denominada materialista/dialética, como se pode imaginar, nasce da assunção dos postulados marxistas a respeito do modo de organização social dos meios de produção e assume fundamentalmente a tese de que tal modo de organização social determina o perfil do sistema jurídico-penal.

Segundo Juarez Cirino dos Santos,[217] o objetivo fundamental da teoria materialista dialética é a crítica do sistema penal, realizada através do afastamento das funções aparentes da pena, para a correta exposição de suas funções reais.

Nesses termos, a função do sistema penal seria a *retribuição equivalente* da pena, como forma replicada da organização social do modo de produção capitalista.

Assim, partindo da base de que a produção e circulação de mercadorias é o fundamento material da ordem social capitalista, entende-se que o Direito e o Estado não podem ser aspectos isolados dessa mesma sociedade, mas sim devem ser compreendidos como *superestruturas* que emergem dela, levando consigo o mesmo método de funcionamento e condicionadas pelos mesmos objetivos gerais.[218]

O entendimento é que as relações sociais de produção mantêm uma relação com

as formas de produção que nem sempre é estável, sendo que o desenvolvimento de novas formas de produção, por vezes, conflitam com aquelas relações sociais, gerando a necessidade de transformação social absoluta, tanto das condições econômicas, quanto dos discursos ideológicos, jurídicos e políticos. Para a teoria materialista/dialética, somente a análise das *condições econômicas de produção* pode oferecer uma base científica rigorosamente correta, e não a análise do discurso ideológico, jurídico ou político.[219]

Em uma análise histórico-evolutiva, a doutrina[220] aponta as origens da teoria materialista/dialética na obra de Pasukanis, que em 1924, por primeira vez, explicou a retribuição equivalente da pena criminal com base na relação entre capital e trabalho assalariado.

O desenvolvimento do tema foi aprofundado pelo estudo de Rusche e Kürchheimer, que em 1939 apresentam a tese de que "todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção".[221] Assim, relacionaram a disciplina fabril que controla o trabalhador da mesma forma como a disciplina carcerária controla o sujeito não absorvido pelo mercado de trabalho, estabelecendo uma relação de vasos comunicantes entre os níveis de recrudescimento do aparato de persecução e os níveis de absorção da mão de obra pela estrutura capitalista.[222]

Esse sistema de controle social punitivo rigoroso visa a produção de uma mão de obra dócil e adaptada às condições de produção dentro do modelo fabril.[223]

A relação entre cárcere e fábrica é plenamente explorada no trabalho de Melossi e Pavarini, de 1977,[224] onde demonstram que a relação de dominação e exploração entre classes estabelecida pelo modelo social do capitalismo serve-se do instrumento coercitivo.

A pena medida em tempo de privação de liberdade representaria, então, nada mais do que reprodução, no sistema punitivo, da *retribuição falsamente equivalente* realizada nos demais campos das relações sociais. Assim, do mesmo modo que o trabalho *equivale* ao salário, desprezando a mais-valia, a mercadoria *equivale* ao preço, desprezado o lucro, a pena *equivalerá* ao critério geral de valor da

mercadoria, determinada pela quantidade de trabalho social necessário para a sua produção.[225]

Essa desigualdade que se infiltra no sistema penal acaba sendo objeto da crítica de Baratta,[226] em 1986, que propõe a abolição do sistema penal, a partir da superação do capitalismo como modo de produção, como política criminal alternativa ao Direito penal desigual produzido pela sociedade capitalista.

A teoria materialista/dialética se propõe, então, a desvendar a falsa impressão de equivalência, demonstrando, por um lado, a falácia de que todos são *livres e iguais* perante o mercado de trabalho, assinalando a *dependência real* e a *coação* do sistema social às necessidades econômicas e como isso afeta tanto a fábrica quanto o cárcere.[227]

Culmina-se por demonstrar que o sistema penal é capaz de realizar funções reais, como a garantia do *establishment*, ou seja, a garantia da opressão de classes menos favorecidas mediante um discurso penal de "*correção/neutralização* individual e da *intimidação/reforço da fidelidade jurídica* do povo"[228]. Por conseguinte, se situa a crise da pena no conflito entre a realidade de construção do crime que conta com a participação ativa do sistema criminal e a ficção do discurso que enxerga o crime como realidade ontológica prévia à interação com o sistema, a qual é reforçada pelas chamadas metarregras.[229]

Resumidamente, a conclusão a que chega a teoria materialista/dialética da pena é que a pena goza de pleno êxito,[230] pois serve para produzir mais delito em um verdadeiro ciclo vicioso que mais não visa do que a preservação e reprodução das disparidades sociais estabelecidas, ou seja, "a prisão *prisionaliza* o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a criminalização anterior".[231]

4.2 Teoria negativa/agnóstica

Partindo também da base analítica política de comparação entre o estado de direito e o estado de polícia, Nilo Batista e Zaffaroni propõem a chamada teoria negativa/agnóstica da pena.[232]

Os autores entendem que enquanto o estado de direito compõe um projeto, ainda não realizado de afirmação do bom pela maioria, com preservação do direito da minoria, o estado de polícia pretende impor sua decisão com base em pretensões de um segmento dirigente determinado. Enquanto o primeiro trata de buscar acatamento a regras de convivência pré--estabelecidas, o segundo visa impor obediência como forma de governo[233].

Essa contraposição, segundo os autores, expõe extremos, de modelos ideais, que não existem, na realidade. A realidade é composta pela mescla desses extremos, que se manifesta nas próprias agências de realização dos dois sistemas que convivem desarmonicamente. Enquanto as agências do estado de direito buscam a solução de conflitos sociais, as agências do estado de polícia visam a supressão dos conflitos.[234]

A partir dessa constatação, os autores buscam identificar as características da pena, descortinando, com a mesma terminologia empregada pela teoria materialista/dialética, o que são as funções manifestas e as funções latentes da pena. Entendem, então, que o que faz a pena é subtrair o conflito da vítima, sem compô-lo, postergando-o, na vã esperança de que o tempo o dissipe.[235] Portanto, os autores enxergam nas chamadas teorias da pena nada mais do que o esforço discursivo de afirmar uma característica positiva da pena que absolutamente não existe.[236]

Daí que, mais do que qualquer outra característica, como bem observa Juarez Cirino dos Santos,[237] trata-se de uma teoria *negativa* das funções da pena. Ou seja, os autores[238] demonstram a falsidade dos discursos oficiais justificantes da pena e entendem que qualquer tentativa de racionalização da pena será sempre constituída por uma dissimulação do modo real do exercício do poder punitivo e ao mesmo tempo, uma legitimação deste.[239] Portanto, coerentes com essas conclusões, propõem o abandono da pena como instrumento.

Isso porque entendem impossível buscar uma logicidade para a pena através de suas funções, quer sejam as latentes ou as manifestas. Tampouco entendem viável o uso do recurso ao modelo teórico do *controle social*, pois ainda que reconheçam sua tradição teórico-sociológica, entendem-no carente de univocidade.[240]

Assim, propõem que a pena é *“uma coerção, que impõe uma privação de*

direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes".[241] Com isso, pretendem ter apresentado um conceito negativo porque não concede qualquer caráter positivo à pena e é obtido por exclusão.

De outro lado, os autores ainda adotam uma postura *agnóstica*[242] em face da busca de alguma função real para a pena, com isso distanciando-se fundamentalmente da perspectiva materialista/dialética, porque confessa a inutilidade da pretensão de conhecimento da instrumentalização da pena em face de suas funções latentes.

Evidentemente, os autores não negam a possibilidade de existência de conflitos que necessitam de formalização, ainda que não tenham qualquer possibilidade de composição, que são justamente aqueles cuja intolerabilidade social os transporta para a esfera penal.

Necessitando ofertar algo em face desse problema, os autores lembram que a via reparadora foi largamente utilizada antes de a pena firmar-se como instrumento de subtração do conflito das mãos da vítima, e sugerem a via reparadora como fórmula de recuperação da legitimação.[243] Quanto à forma de exercício de tal intervenção, sugerem a substituição da pena por coerção direta, especialmente de caráter instantâneo ou imediato, vinculado às características de uma publicização dos institutos do estado de necessidade e da legítima defesa, admitindo, como exceção, a forma de coerção direta diferida ou prolongada, para casos onde os delitos sejam realizados de forma contínua, legitimada apenas enquanto dure tal continuidade.

Propositivamente, a teoria negativa/agnóstica entende que dada a estrutura existente de criminalização primária, a forma de busca de ampliar o nível de segurança jurídica para todos, mediante a redução do poder punitivo do *estado de polícia* e correspondente ampliação do *estado de direito*, se dá através do reforço do poder de decisão das *agências jurídicas*, de modo a exercer uma maior porosidade sistemática que favoreça o retorno da vítima à resolução do conflito e que limite tanto quanto possível o poder punitivo.

Postura parecida é adotada por Lüderssen, para quem deve ser mantida uma espécie de prevenção especial que seja desvinculada da pena de prisão, sendo, nesse

sentido, um abolicionista.

Lüderssen acredita na possibilidade de substituição do sistema penal, porém, não por outro mecanismo de controle que saia da esfera do público, mas por um instrumental formalizado de instância jurídica, seja ela civil, pública ou social. Ou seja, trata-se de um abolicionismo que não se coloca à margem do Estado, mas sim meramente propõe o abandono do sistema penal.

Para Lüderssen, a pena privativa de liberdade, que é o instrumento diferenciador do Direito penal em face das outras instâncias de controle jurídicas, é o que faz exigir a extinção dessa forma de controle. Assim, deve remanescer a imputação, no campo não penal.

Ele propõe o que nomina de uma *imputação psicoanalítica*.[244] A proposição é de afastar a imputação impositiva e que "os homens possam tentar tomar consciência da medida em que desejam para si mesmos a autorresponsabilidade".[245] A imposição seria de medidas de ressocialização e não penas.

4.3 Considerações críticas sobre as teorias criminológicas da pena

A derivação lógica da conclusão de que o sistema punitivo é o que gera delinquência, e que sua manutenção representa nada mais do que a preservação do modelo capitalista de separação e exploração entre classes, seria a adoção de uma perspectiva abolicionista.[246] A negação completa do sistema seria a única possibilidade propositiva que restaria à teoria materialista/dialética, seguindo, aliás, o propósito revolucionário que ampara sua teoria de base. Outra não é a postura adotada por Baratta.[247]

O abolicionismo não parece, porém, oferecer a melhor perspectiva.

As correntes abolicionistas apoiadas no pensamento marxista, "assim como do interacionismo simbólico expresso nas doutrinas do 'etiquetamento' (*labelling approach*)",[248] põem em destaque a função estigmatizante e criminalizadora do Direito penal que serve à manutenção de uma estrutura social vigente, e que segrega aos que são mais marginalizados. Nesse contexto,

> “se caracteriza por considerar que o delito não é uma realidade natural prévia à norma, senão o resultado de um processo de criminalização que se leva a cabo por órgãos e instâncias do controle social, tais como o legislador, a polícia, os advogados, os promotores, os juízes, os funcionários de prisões, etc., e através do qual se ‘etiqueta’ um comportamento como delito ou se ‘estigmatiza’ a seu autor como delinquente”.[249]

Ante essa realidade, os defensores do abolicionismo propõem transformar as bases do modelo social que criminaliza e estigmatiza, prescindindo, inclusive, do próprio sistema penal, por ser “*ineficaz*”, “*seletivo*” e “*criminógeno*”.[250] Propõem a abolição do sistema penal e a passagem do controle que ele exerce às instâncias privadas, “baseadas no princípio do ressarcimento civil do dano, à que se acrescentariam certos procedimentos de arbitragem”.[251]

Há aqui, dois problemas de base que merecem referência.

O primeiro é que, conquanto a privação de liberdade efetivamente guarde a relação de medida pelo tempo, elemento ajustado ao modelo de organização do trabalho nascente na revolução industrial, o certo é que a pena, como sanção penal, transcende o capitalismo, sendo a ele pretérito e, ao mesmo tempo, supérstite. Assim, o modelo social pós-moderno que divide entre incluídos e excluídos segundo critérios de consumo (e não mais de classe) e as novas formas de sanção que paulatinamente vêm substituindo a prisão evidenciam que esse modelo, acertado enquanto crítica do sistema, como diagnóstico, pouco tem a oferecer desde um ponto de vista propositivo, prognóstico, por força de um inafastável anacronismo.[252]

Em segundo lugar, conquanto o sistema penal de imputação seja, induvidosamente, o mais político dos instrumentais jurídicos, posturas radicais abolicionistas revelam constituir uma exagerada apropriação ideológica do conjunto de garantias. Na realidade, a politização é algo evidentemente positivo, especialmente para desnudar a política criminal que orienta as tendências dogmáticas e as opções legislativas. Entretanto, a adoção plena dessa postura transforma ciência em

militância,[253] com o risco de apropriação e ideologização política do sistema penal em favor de diretrizes que não se associam somente a garantias, propondo, concomitantemente, a instrumentalização e utilização do sistema penal – citado como pernicioso em si – para a realização de uma suposta reparação da diferença de classes mediante a adoção do ponto de vista das classes subalternas e literalmente "estender o campo do Direito penal, de modo rigoroso, à crítica do Direito desigual".[254] Ora, o Direito penal não serve e nem deve servir de instrumento de alteração social. Não se muda sociedade a golpes de Direito penal. O paradoxo é claro. Ou se admite que o sistema é intrinsecamente mau e não pode servir a nada mais que a produção de desigualdade, hipótese em que só resta a perspectiva abolicionista, implicando em admitir que qualquer proposta de sistema de imputação penal legitima a desigualdade, ou, ao contrário, se admite que o que existe é uma funcionalização ilegítima do sistema de imputação, subvertendo garantias em favor do poder, hipótese em que o sistema de imputação deixa de ser intrinsecamente mau, passando a ser má apenas sua utilização desvirtuada, caso em que cumpriria dirigir a crítica à funcionalização do sistema e não ao sistema em si. É óbvio que a pena, conquanto reação punitiva ao comportamento dissidente, tende a promover a estabilização do sistema social, qualquer que seja ele. Assim, a crítica à pena como expressão de coercibilidade carece de sentido. O Direito penal será tanto mais progressista ou conservador, garantista ou totalitário quanto for o modelo social que dele se utiliza.

Evidentemente, ainda que não se tome como referência absoluta alguns pontos levantados pela teoria do *labelling approach*, devem ser aproveitados. A oculta realidade de um sistema penal estigmatizante é reflexo da existência de uma desigualdade social que se evidencia, ainda mais, no seio do aparato judicial. Esses aspectos negativos devem ser considerados a favor de uma humanização do sistema penal, dentro de um Estado social.[255]

Muito se falou sobre o caráter utópico e insuficiente, pouco significativo e demasiado limitado para sustentar-se dentro da criminalidade violenta. Nesse sentido, comenta Silva Sánchez:[256]

> “o abolicionismo costuma argumentar aludindo aos aspectos essenciais, ou inclusive, mais ainda, à ponta do iceberg do sistema penal, à política criminal em matéria de drogas ou terrorismo, por exemplo, em um segundo momento, e a partir da evidência de aspectos concretos, se rechaça todo o conjunto do sistema. Porém, as propostas alternativas que oferece o abolicionismo não se defendem tratando de justificar argumentativamente sua bondade nestes casos; tampouco, nos supostos de criminalidade violenta e outros casos graves, núcleo do Direito penal em qualquer sociedade contemporânea. Muito pelo contrário, se exemplificam casos tribais, de bagatela, completamente afastados da realidade do sistema penal, o que demonstra perfeitamente as limitações da ‘alternativa abolicionista’. Sua capacidade real de resolução do problema da criminalidade termina onde começa o verdadeiro núcleo do Direito penal”.

O que se percebe, de modo claro, é que a Criminologia Crítica não propôs nem desenvolveu nenhuma teoria de Direito penal e nem mesmo oferece alguma explicação teórica para o sistema de imputação. O que ela propõe é simplesmente uma oposição direta ao próprio sistema e ao próprio direito. O que se propõe é uma forma de “antidireito penal” ou uma “antidogmática”.[257] Uma vez que é possível uma abordagem crítica e externa do Direito penal desde vários pontos de vista, criminológico, psicológico, moral, religioso, parece que a criminologia crítica oferece o melhor modelo crítico do sistema punitivo. Isso está fora de dúvida. Porém, a mesma criminologia crítica não serve para o desenvolvimento de qualquer teoria jurídica, uma vez que o desenvolvimento da teoria pressupõe assumir a validade de algum instrumental de imputação.

Como refere Hassemer,[258] a proposta abolicionista é “perigosamente ingênua”, pois não é possível pretender, a um só tempo, socialização e abolição do controle social já que um é inerente ao outro. Ao final, a abolição do direito penal não seria o fim da persecução e da punição, mas sim o fim da formalização e do controle

limitador desse processo. Em palavras de Klaus Günther,[259] o fato de a pena estatal ser um mal não impede reconhecer que é um mal menor comparado à manutenção de uma autotutela. Na verdade, segundo palavras do próprio Hassemer,[260] é na formalização do controle social que se logra a essência da justificação da própria existência do Direito Penal. Para o autor, "a justificação do Direito Penal como meio para conseguir um mundo justo e uma boa vida das pessoas radica precisamente na segurança de que pode dispor de procedimentos e garantias".[261]

Portanto, segundo Hassemer,[262] não devemos nos preocupar com a existência do controle social, mas sim com a forma pela qual ele se leva a cabo. É nesse ponto que aparece claramente a insuficiência da perspectiva abolicionista e a fragilidade da ideia de devolução do conflito a instâncias não formais, pois, segundo o autor:

> "A história e a cultura comparadas nos ensinam que, coincidindo nos mesmos elementos, também antes e em outros lugares, houve e há formas de controle social cuja tendência a cometer graves violações dos direitos humanos, se deve, em última instância, a que o controle social se realiza informalmente, sem observadores, de um modo espontâneo, intuitivo, debilmente regulado, pouco previsível e dificilmente controlável.
> Basta só recordar os fatos violentos que explodiram na África do Sul no ano de 2008 contra os imigrantes do Zimbabwe, os programas que se produziram contra os ciganos romenos na Itália, alegando que estes tinham, por sua vez, infringido outras normas, retirando-lhes o trabalho ou roubando-os [...]".[263]

O tema, aliás, já está fartamente estudado e comprovado.[264] A saída de cena do Estado não provoca o consenso, mas sim o conflito e o resultado de que se instaura uma outra forma de controle social que passa longe de ser legítimo e é reconhecido tecnicamente como "código de rua", no qual a inversão chega a um ponto em que o controle social é exercido precisamente por meio de práticas delitivas opressivas.

Ademais, ainda que fosse possível a realização da utopia proposta pelo modelo abolicionista, ela não seria desejável, posto que, como bem referia Durkheim,[265] uma

sociedade que gozasse de tal homogeneidade que convivesse com o crime sem o reconhecimento de seu caráter conflituoso sequer poderia ser chamada de sociedade e estaria inexoravelmente condenada a uma nociva estagnação de valores, pois jamais seria contrastada.

Por outro lado, não há que desconhecer, ao largo da história, o quanto resulta positiva a assunção do monopólio do *jus puniendi*, por parte do Estado, neutralizando à vítima e sua vingança privada.[266]

O que resta evidente é que essa postura abolicionista não prosperou, mas semeou um mecanismo de solução de conflitos com características próprias do Direito civil, como a arbitragem e a reparação do dano. Se isso é assim, é evidente que o Direito penal estendeu sua competência sobre fatos que dentro do controle social, em *ultima ratio*, não eram de sua incumbência. Se o Direito penal só responde a comportamentos "intoleráveis" para a convivência em sociedade, o que em controle social se identifica como "*ultima ratio*", essas formas de solução do conflito não teriam como se sustentar.

Por outro lado, não se pode esquecer, como alerta Hassemer,[267] que o sistema de controle social penal não se encontra presente somente para sancionar, mas também para limitar a sanção, ou seja, para impedir que a sanção penal seja abusiva. Sua abolição, portanto, levaria logicamente a acabar com os limites de toda e qualquer sanção que surgisse para a resolução dos conflitos sociais. "Em poucas palavras: um controle social não formalizado pode ser realmente perigoso para aqueles que estão expostos ao mesmo".[268]

Assim, parece ser que a postura abolicionista efetivamente não é a melhor perspectiva, ainda que coerente com o modelo materialista/dialético de teoria da pena.

Atento, certamente, a isso, Juarez Cirino dos Santos defende a adoção de uma dogmática penal como *sistema de garantias*, que visaria a formulação de um sistema punitivo capaz de amenizar os efeitos deletérios próprios do seu emprego, como fórmula científica de expressão democrática.[269]

A proposta efetivamente merece aplauso e há de ser plenamente subscrita.

Porém, é forçoso verificar sua absoluta incongruência para com os postulados de que parte e as conclusões a que chega a teoria materialista/dialética. Afinal, a proposição de manutenção de qualquer sistema dogmático – na medida em que seja – manteria a estrutura de desigualdade criticada, justamente por ser endêmica à estrutura do sistema. A incongruência é, inclusive, diagnosticada pelo próprio autor, ao se perguntar, na conclusão de sua análise sobre a pena, "por que fazer dogmática penal?".[270] A resposta, que ele não oferece, seria de alguma dogmática penal – garantista, limitadora –, parece ser melhor que nenhuma.

O problema de incongruência que parece afetar a análise materialista/dialética da pena deriva justamente de uma excessiva ancoragem marxista. Digo excessiva justamente porque conquanto precisa e verdadeira, peca por falta de atualidade em face do contexto histórico em que se produziu.

É que o mundo pós-moderno, cibernético e multifacetado, mesmo ainda guardando perfil capitalista e de intensificação da sociedade de consumo, já não mais atende à mesma divisão de classe do século XIX. O mundo de hoje conta com outras dicotomias de inclusão--exclusão, muito mais vinculadas à questão do consumo do que à categoria tempo.[271]

No período industrial, onde se situa a categoria marxista do trabalhador, como exemplo de excluído, ele não poderia ter seu tempo dispensado para outra coisa que não a produção, como fórmula para produzir mais, coisa que influenciava, inclusive, o alcance do salário. O incluído de então não trabalhava e gozava de todo o tempo do mundo, justamente pela sua postura de explorador do trabalho alheio.

Hoje, o excluído, na verdade, dispõe de todo o tempo do mundo, mas quase nenhum espaço, enquanto que o incluído dispõe de todo o espaço do mundo, e quase nenhum tempo suficiente para consumir tudo aquilo que se lhe oferece.[272]

Como se nota, a categoria tempo mudou completamente o seu perfil. Isso porque a sociedade capitalista também mudou de perfil. A pessoa que lhe interessa é a capaz de consumir e não de produzir. A produção, na verdade, se robotizou. O trabalho é exercido precipuamente por máquinas, o que enfraqueceu completamente a categoria do trabalhador. É fácil notar no exemplo da informatização dos bancos, onde

raramente existe o contato humano entre cliente e funcionário, bem como nos vários serviços prestados por via cibernética. O trabalhador enquanto pessoa não mais interessa aos detentores dos meios de produção. Preocupa-lhes muito mais o consumidor. Do que se trata é de fazer com que as pessoas consumam a produção como forma de manter girando a roda capitalista. A produção já se mantém e se incrementa com muito menor dependência da força de trabalho.

Essa situação social mudou completamente as relações de inclusão-exclusão e a forma de influência no sistema penal.

A análise, perfeitamente correta que parte de Pasukanis, Rusche e Kürchheimer, é de que existe uma clara relação entre a estruturação social – sob a forma das relações entre os detentores do poder econômico e os excluídos desse poder – e o modo como se manifesta o sistema punitivo. Por outro lado, isso não invalida outras formas de visão crítica do modelo punitivo associadas, por exemplo, à ideia de que a pena representa um formulismo das manifestações de poder, como aparece no trabalho de Foucault.[273]

O que parece afligir a teoria materialista/dialética é o fato de que uma nova revolução se produziu nas relações de estruturação do poder econômico, alterando, de consequência, o modelo punitivo.

O próprio Pavarini, em série de conferências proferidas na Universidade Federal do Paraná no ano de 2007, alertou para o fato de que relação social do mundo pós-moderno não é mais uma relação entre cárcere e fábrica, mas sim entre cárcere e cidade, com a formação dos *guetos* e as *underclass* urbanas de que fala Wacquant.[274]

É que o mundo, espelhado nas cidades, tornou-se um imenso parque de diversões impelido pelo consumo, e a máquina social impele para o constante consumo, para a manutenção da produção e do lucro, simplesmente excluindo as pessoas que não têm capacidade de consumo. Enquanto o trabalhador do século XIX precisava ser explorado para a geração do lucro, devendo haver o controle para condicioná-lo à fábrica, hoje isso não é mais necessário. Assim, o próprio trabalhador não é mais necessário enquanto elemento do sistema. Ele só será necessário enquanto possa ter potencial de consumo.[275] Se houver suficiente consumo

sem contar com o trabalhador, ele passa a ser uma peça totalmente dispensável no sistema econômico, e como tal, também será dispensável pelo sistema jurídico.

O modelo social não visa mais condicionar ninguém, mas simplesmente excluir a presença incômoda de não consumidores nos espaços de consumo. Assim é, por exemplo, no fato de que pessoas que exemplificam estereótipos de "não consumidores/vagabundos" tenham o ingresso barrado em espaços públicos de consumo como os *shopping centers* ou os restaurantes, confinando-os cada vez mais no espaço dos bairros periféricos. Isso se replica a nível mundial com a situação dos migrantes enviados para campos de refugiados, às vezes, em seus próprios países[276] e com o fomento de guerras intermináveis nas quais os organismos internacionais deixam deliberadamente de intervir porque a eliminação física é de pessoas que não consomem.

Esse modelo social se replica no sistema penal através do controle espacial das pessoas. Trata-se, efetivamente, da conversão da prisão em *deterrence*,[277] porém, essa neutralização não se traduz em adestramento, mas sim na eliminação dos processos de comunicação, ou seja, da vedação da interação entre "não consumidores/vagabundos" e "consumidores/turistas".[278]

O sistema punitivo pós-moderno trabalha com a prisão como anulação do espaço das pessoas, produzindo, cada vez mais, prisões de segurança máxima, como a de Pelican Bay, onde o contato humano foi completamente abolido[279] e o que se está buscando é justamente a eliminação da existência das pessoas através da eliminação de suas realidades comunicativas[280], na medida em que precisamente a comunicação – especialmente no mundo de hoje – é a própria expressão da existência humana. Até mesmo em estudos psicológicos com os detentos do local, as conclusões levam cientistas sociais, como Craig Haney,[281] a falar em *morte social*, para definir tal confinamento.

Este aspecto já havia antes sido percebido por Gadamer,[282] que sustentava que somente por meio da capacidade de comunicação os homens podem pensar o âmbito comum e conviver de forma articulada, enfim, conviver como seres humanos. É, com efeito, na linguagem que a existência humana se realiza.

A cessação da comunicação em um mundo regido por ela é equivalente à aniquilação, como bem observa Bauman a respeito de Pelican Bay, demonstrando o quanto os detentos são elementos completamente descartados pelo sistema: "a única tarefa dos guardas é cuidar para que os prisioneiros fiquem trancados em suas celas – quer dizer, incomunicáveis, sem ver, e sem serem vistos. Se não fosse pelo fato de que os prisioneiros ainda comem e defecam, as celas poderiam ser tidas como caixões".[283]

Em outra faceta, também aparece o incremento dos sistemas de controle de espaços, substituindo as penas de curta duração, como os braceletes ou tornozeleiras de monitoramento, sempre tendo por trás delas a ameaça de confinamento ainda maior, que é a prisão.

É importante perceber que justamente esse confinamento não tem como foco principal mais a pessoa confinada, mas sim a ampliação do espaço para consumo, livre de não consumidores. Ou seja, enquanto os que não consomem permanecerem fora das ilhas de consumo, eles não interessam, mas se eles violarem seu espaço restringido, a punição passa a ser uma restrição maior ainda do espaço, com todo o tempo do mundo disponível.

Ou seja, o tempo lhes é disponibilizado totalmente.

Outro ponto em que se pode notar essa mudança de perfil do sistema punitivo é o fato do desprezo absoluto das autoridades públicas pelo trabalho do preso. O trabalho do preso não é mais pauta de interesse do setor público simplesmente porque não há pressão nesse sentido de parte do setor economicamente produtivo. O trabalhador que foi preso será substituído por uma máquina e, portanto, passa a figurar como dispensável. Não é mais necessário convertê-lo à dinâmica do trabalho.

O aumento de prisionização, assim, corresponde a uma menor necessidade de trabalhadores para a produção, sim, mas principalmente, a uma menor necessidade de pessoas para consumir, porque a acumulação de capital faz com que poucos possam consumir muito, de modo voraz e absoluto, quase sem tempo para pensar no que consomem, e é menos custoso atrair um menor número de pessoas para o consumo.

Portanto, essa atualização necessária das relações sociais atuais é, a meu ver, o

que provoca a falta de sincronia entre a adoção da teoria materialista/dialética da pena e a propositura de um modelo de Direito penal mínimo que considero adequado.

Nesse sentido, parece muito mais prudente e ajustada a postura negativa/agnóstica da pena, ao menos no que tange à sua postura de, mantendo a crítica criminológica ao sistema, negar a busca de um fator de relação entre a pena e o modelo de luta de classes.

Parece que justamente naquilo que é criticada por Juarez Cirino dos Santos reside o maior mérito da teoria negativa/agnóstica.[284] O ato de livrar-se de determinados grilhões que parecem impedir a teoria materialista/dialética de ser minimamente propositiva.

Em primeiro lugar, a deslegitimação do modelo penal, como instrumento do estado de polícia, leva coerentemente a negar explicações ou justificações à pena, com o que, aliás, é forçoso concordar.

A negação de todos os fundamentos – aparentes ou não, presentes ou ausentes – dos discursos das penas conduz inarredavelmente à negação da própria pena.

O reconhecimento do poder como etiologicamente multifatorial, infiltrado no modelo coercitivo do estado policial, e seu antagonismo com a necessidade de afirmação do estado de direito conduzem à clara opção de não buscar na discussão do poder qualquer saída para a legitimação do sistema, o que é perfeito.

Esse reconhecimento, ademais, permite que a teoria seja propositiva, no sentido de que somente o discurso judicial, na afirmação da criminalização secundária, pode oferecer alguma saída para o impasse.

Assim, parece mais correta a ideia de Zaffaroni e Nilo Batista, no sentido propositivo de adoção de um direito penal mínimo como forma de afirmação do projeto de Estado de direito. Ademais, essa ideia propositiva coaduna-se com a análise e as conclusões por eles efetuadas.

Justamente no afã de oferecer uma postura propositiva, é necessária uma tomada de posição a respeito das teorias da pena, o que é feito a seguir.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE OS FINS E MISSÕES DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO

Como ponto de partida, toma-se a questão do controle social.[285] Busca-se a confluência entre o discurso teórico do direito penal liberal, que pretende afirmar o estado de direito, a uma proposição teórica da pena que a ele se dobre, e não o contrário. Isto porque, é forçoso reconhecer que não se condena um fato porque seja delito, mas sim, o fato é delito porque é condenável. Entendo que o controle social[286] do intolerável é a tarefa assinalada ao Direito penal e também é a única opção discursiva capaz de justificar a existência da pena.[287] Nesse ponto, a perspectiva que aqui se adota é coincidente com o ponto de vista de Hassemer,[288] para quem "o controle social deve preservar a cultura cotidiana", com o que, estará "contribuindo para a formação de uma sociedade que possa sobreviver como tal". É óbvio que isso implica admitir que o manejo do instrumental penal é o que o faz ser dotado de uma determinada característica político-criminal, carecendo de sentido a crítica ao Direito penal em si mesmo. O que é necessário é a elaboração de racionalidades sociais que permitam que esse aparato de controle seja manejado de modo controlado e contraído, de forma a respeitar as garantias próprias de um Estado social e democrático de direito. Nesse ponto, novamente conflui a perspectiva aqui adotada com as lições de Hassemer,[289] para quem, "em um Estado de Direito a ameaça penal e o cumprimento de uma pena são não só meios para a intimidação, mas parte de um controle social formalizado, que dá uma resposta regular e adequada à infração jurídica". A discrepância fica por conta de que enquanto o saudoso penalista alemão entende que a obtenção de tal controle formalizado se realiza fortalecendo a confiança dos cidadãos nas normas, parece mais adequado pensar – ao menos na realidade brasileira – que tal fortalecimento se volta ao exercício da justa interpretação de tais normas.

Partindo da ideia desse perfil de Estado e sua afirmação através da proteção *seletiva* de bens jurídicos, pretende-se alcançar um fundamento da pena que seja coincidente com esse modelo. Assim, a expressão *seletiva* é tomada no sentido de sua essencialidade à própria estrutura da vida da sociedade. A esse conceito procura-se submeter o fundamento da pena, em completa oposição ao tentado até hoje, especialmente pelas chamadas *teorias funcionalistas*, de *funcionalizar o direito*

penal em face da pena. A busca aqui é oposta: *funcionalizar a pena* em torno das bases de um direito penal liberal.

Se a base é a proteção *seletiva* de bens jurídicos e essa seletividade é restrita ao essencial na vida em comunidade, a consequência lógica é de que um direito penal liberal exercerá um *controle social*. Esse controle social se dirige somente àquilo que é absolutamente *intolerável* socialmente. Assim, pode-se dizer que o direito penal só pode atuar em situações de *controle social do intolerável.*

A isso a pena deve ser funcionalizada. Ou seja, a pena deve ser o instrumento de realização de *controle social do intolerável*. Nominalmente, que se chame pena, ou coerção, resulta indiferente. Importante é vincular sua oportunidade e duração às exigências de absoluta intolerabilidade. Nesse aspecto, a proposta produz resultados absolutamente idênticos à teoria negativa/agnóstica, porém, por outra via, de caráter sociológico e técnico jurídico, como um modelo mais científico que ideológico, porém, com a vantagem de permitir a rápida absorção discursiva pelas agências de controle judicial, sem perda de garantias.

Para delimitar, porém, concretamente esse ponto de vista, convém iniciar pela rejeição dos fundamentos tradicionais oferecidos para as penas.

O que parece, afinal, é que a doutrina esteve navegando fora do verdadeiro rumo durante todos esses anos de infindáveis discussões e aqui se chega a um posicionamento sobre esse tema. Na verdade, como bem sustenta Klaus Günther,[290] "nenhuma das justificativas defendidas publicamente para a pena resiste a uma análise mais detida. Isso vale tanto para a retribuição, quanto para as diferentes teorias da prevenção". Seria possível acrescentar a esse comentário, ainda, a carência absoluta de senso de realidade dos fundamentos que conduzem ao raso abolicionismo.

Ocorre que se situou o problema sempre fora do ponto chave dos termos em que se deve buscar resolver o dilema. Partiu-se sempre da pergunta: quais são os fins da pena? E as diversas interpretações que a doutrina costuma utilizar para o termo *fins*, fizeram trasladar as discussões para os efeitos ou as impressões que a pena provoca e não com relação a sua efetiva motivação. Pode-se comprová-lo nas palavras utilizadas por Antolisei[291] para expressar seu entendimento sobre as funções da pena,

verbis:

> "Por 'função da pena' se entende [...] a eficácia da pena: em outros termos, os efeitos que produz em vista dos quais é adotada pelo Estado. Tais efeitos podem dirigir-se ao pretérito ou até o futuro. Dos primeiros surge a ideia da repressão; dos segundos a prevenção. A prevenção, por sua vez, se distingue em geral e especial. Por prevenção geral se entende a eficácia que a pena exerce sobre a generalidade ou massa dos súditos para impedir a comissão de delitos; pelo contrário, por prevenção especial, a eficácia que promove a pena sobre o concreto indivíduo que cometeu o delito para lograr que não volte a violar a lei penal."

Buscou-se sempre definir a pena sob a impressão que provoca sua aplicação. Assim, ao Estado absoluto pré-iluminista era perfeitamente lógica a associação da pena ao castigo. Estava-se verificando que, quando se punia alguém, a impressão que se tinha era que essa pessoa estava sendo castigada. Com as concepções científico-humanistas, onde deu-se crédito à lógica humana, percebeu-se que o que quer o Estado é que não haja mais delitos e se tentou justificar a pena pela ideia de que se ameaçava para evitar crimes. Do mesmo modo, quando se funda mais claramente a ideia de funcionalidade do homem para a sociedade, justifica-se a pena pelo intento de recuperá-lo. Afinal, se conclui que todos esses pontos são buscados pela pena. E a conclusão não está de todo errada. Até porque, desde o ponto de vista das impressões que causa a aplicação da pena, todos esses pontos de vista estão corretos. Porém, nenhum deles buscou efetivamente a razão pela qual se pune. Nem mesmo as teorias da união foram capazes de abordar o "porque" da pena "desde um ponto de vista *totalizador*".

Na verdade, as distintas teorias sempre trataram de efeitos que a pena produz, independentemente de que sejam estes os seus propósitos. O fundamento da pena deve residir em um propósito e não em um efeito, em uma missão e não em uma função. É forçoso admitir que, mesmo no discurso crítico, o que aparece é uma análise dos efeitos deletérios produzidos pela pena e não daquilo que possa ser sua proposta.

Com base nesses efeitos deletérios é que o sistema punitivo resulta, inclusive, intrinsecamente negado.

Para conhecer realmente as razões pelas quais se pune, se deve conhecer, antes de tudo, quem pune. A identificação das pessoas pode fazer identificar quais são seus motivos.

Assim, o estudo da pena deve começar mais além das concepções do Direito público posto.

Nesse caminho que é necessário percorrer, incumbe partir das raízes. É Gustav Radbruch[292] quem lembra o fato de que o Direito penal foi, a seu tempo, não mais que um ramo do Direito privado.

Com efeito, convém destacar que o Estado, em um dado momento, busca intervir nas relações sociais para controlá-las. O Estado sim é o agente do Direito penal, o que leva a efeito a pena, ainda que se trate de uma ação penal de iniciativa privada.

O conhecimento sobre quem intervém torna possível conhecer suas motivações. O Estado é uma figura criada com um propósito fundamental e absolutamente claro: o de manter viva a sociedade. Ao Estado pertence a atribuição fundamental de regular as inter-relações sociais de um modo tal que impeça a autodestruição dessa mesma sociedade. O Estado tem início como uma figura cujo dever único e absoluto é manter a sociedade sob controle.

Para manter tal controle social, o Estado atua manejando normas, dentre as quais se situam as normas penais. As normas penais atuam no conjunto de medidas que o Estado leva a cabo para manter o controle social, justamente nos pontos de conflito de maior gravidade. O Estado firma um postulado de intervenção com o Direito penal para destacar que as situações delitivas estão, ou devem estar, sob sua intervenção. Com tal atitude, o Estado impede, por um lado, que as relações sociais se conduzam mediante agressões intoleráveis contra bens jurídicos fundamentais para o desenvolvimento dos indivíduos componentes dessa mesma sociedade; e por outro, que a própria vítima do delito reaja de modo particular e descontrolado em sua busca pessoal de satisfação do interesse lesionado.

Aliás, é precisamente neste particular ponto que se debruçou David M.

Kennedy,[293] crítico conhecido das estratégias político-criminais repressivas, ao referir a que a intervenção do Estado na questão punitiva só se justifica na medida em que interfere coativamente contra a iniciativa privada de vingança frente a práticas consideradas injustas pelas vítimas. O autor destaca que é precisamente o vazio de atuação estatal protetiva – muito antes de qualquer intervenção penal e até de qualquer intervenção jurídica – o que faz que as pessoas atuem por conta própria e, muitas vezes, agressivamente.

A atuação daquele que comete um delito é apontada pelo Estado como intolerável para a boa condução do controle social. Permitir a conduta criminosa significa ceder passo a essa forma de manifestação com a consequente perda de controle. De outro lado, é também intolerável que a vítima siga perseguindo sua satisfação pessoal, enquanto vítima, uma vez que tenha escolhido o Estado para o cumprimento de uma tal função. Permitir à vítima uma reação pessoal ao delito significa também a perda do controle social, inadmissível para o Estado.

Afinal, se a função primordial do Estado é a manutenção do controle social, essa é a função pela qual o Estado faz uso da pena no controle das situações mais graves. A resposta à pergunta "por que se pune?" está na expressão "se pune para manter o controle social, que é tarefa primordial do Estado".

A proteção seletiva de bens jurídicos é a forma de controle social das situações intoleráveis. Este é reconhecido pela doutrina como o fundamento, a justificativa, a razão de existir do direito penal. Ora, se esse é o móvel e o filtro da dogmática jurídico-penal, deve ser também da consequência de sua aplicação. Ou seja, a missão do Direito penal deve obrigatoriamente coincidir com a missão da pena[294]. Se as normas penais se estabelecem, de regra, através de preceitos e sanções, e o conteúdo dos primeiros é que determina o sistema de imputação, até por uma questão de coerência interna da própria norma, deve haver coincidência entre os fundamentos da pena e do Direito penal.

Assim, a finalidade da pena não é mais do que manter o controle social do intolerável, através da proteção seletiva de bens jurídicos.[295] Tudo o mais, o sentido de castigo da retribuição, a ideia de cura expressa na ressocialização, a ameaça

coercitiva e a motivação à norma são impressões provocadas como efeito da atuação no sentido de preservação do controle social.

Finalmente, cumpre destacar outro ponto.

Se o controle social é o que busca o Estado com a pena, ele tampouco se justifica em si mesmo. Um controle social de cunho penal só encontra justificativa na medida em que essa intervenção reflete verdadeiramente o sentido do intolerável. O controle social através da pena só é admissível quando represente uma intervenção de *ultima ratio*, uma intervenção em situações já inadmissíveis, sob pena da própria desestruturação da sociedade.

A intervenção do Estado para manter o controle social se pode processar em distintos níveis, porém só a intervenção mínima pode significar que a pena se encontra justificada pela atuação de controle manejada por um Estado social e democrático de Direito. Isso porque assim restará identificada a agressão como pertencente à classe do intolerável, diante dos propósitos de progresso individual pelo quais zela o Estado.

É a intervenção mínima e não outro fator que cobra a preferência da proporcionalidade no momento legislativo de previsão da pena, exige a limitação pela culpabilidade no momento de sua aplicação e estabelece a pena necessária como limite para a ressocialização no momento de sua execução.

Assim que, entendendo que com a pena se objetiva o controle social e que o controle social só é admissível em termos penais, no seio de um Estado social e democrático de Direito sob o princípio de intervenção mínima, convém lembrar-se de que a intervenção mínima significa acudir com a pena aos ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento pessoal do indivíduo na sociedade.

Logo, a medida da intervenção mínima tem, entre outros requisitos imprescindíveis, o bem jurídico. Desse modo, o bem jurídico se torna referência indispensável para a legitimidade das consequências jurídicas do delito.

Isso significa o rechace absoluto de todas as concepções de Direito penal que prescindem do bem jurídico como referência, dado que carecem absolutamente de una

justificativa adequada para a pena.

Em resumo, se conclui que o fundamento das consequências jurídicas do delito é o controle social do intolerável; que todas as ideias relacionadas com retribuição ou prevenção estão situadas tão só nas impressões que esse controle produz; que o controle social penal em um Estado social e democrático de Direito se expressa através da intervenção mínima; que para que se possa identificar um caráter democrático na imposição do controle social penal e logo, da pena, se faz imprescindível a referência ao bem jurídico, mais precisamente, a verificação de se com a aplicação da pena ao caso concreto, efetivamente se está dando uma melhor proteção ao bem jurídico que justificou o castigo e se essa medida efetivamente é necessária.

Com isso, se validam algumas posturas teóricas que merecem ser subscritas: a ideia de que a desnecessidade de pena deve retirar a possibilidade de reconhecimento da existência do crime, na linha de Roxin; a ideia de que o sistema penal deve existir para permitir que conheçamos os fundamentos sob os quais o controle social pode ser exercido e logremos impedir o seu desbordo, tal como identifica Hassemer; e, finalmente, a garantia de uma ampliação democrática do Estado de direito nas atitudes de minimização do sistema punitivo, tal como proposto por Juarez Cirino dos Santos.

Essas são fórmulas efetivamente propositivas, que permitem utilizar a postura crítica do sistema e ultrapassá-la para dar sentido prático à orientação do arcabouço punitivo, suplantando uma postura limitadamente iconoclasta.

5.1 Os reflexos da adoção dessa perspectiva na questão da prisão processual

É sabido, do histórico da pena, que a prisão sempre foi utilizada como instrumento de garantia de execução de penas mais gravosas, como a pena de morte, o desterro, as galés e as mutilações.

A evolução das penas, porém, trouxe para o centro da estrutura punitiva a própria prisão, a qual, inclusive, na atualidade vem sendo objeto de veemente crítica e busca de superação. Essa circunstância afeta necessariamente a concepção da prisão processual, já que carece de sentido que se exija cautelarmente uma garantia mais

gravosa do que a pretensão de mérito deduzida em uma ação penal.

Vale dizer: a pena principal já não se traduz em mutilação, desterro ou pena de morte. A pena mais recrudescente é a prisão. Mesmo esta vem sofrendo um progressivo esvaziamento[296] em direção a uma substituição por penas restritivas de direitos e penas de multa. Nesse caso, instaura-se um contrassenso no exercício da prisão como medida de cautela, onde a parte mais grave do controle social é exercida no curso do processo, quando não é afirmada, ainda, a culpa, reduzindo-se drasticamente o nível de intervenção quando se tem a certeza da responsabilidade.

Portanto, de entrada, há duas conclusões necessárias.

A primeira, de que existindo uma coincidência fática, relacionada à forma de realização da custódia no curso do processo (prisão processual, antes da afirmação da culpabilidade) e a prisão propriamente dita (derivada da afirmação de culpabilidade), é necessária, também, uma coincidência de fundamentos.

Desse modo, é forçoso reconhecer que a prisão é fisicamente a constrição absoluta da liberdade de locomoção, quer seja ela decretada pela emergência cautelar, quer seja derivada da afirmação de uma responsabilidade.

Sendo assim, a prisão cautelar só se justificaria se amparada pelos mesmos fundamentos utilizados para justificar a pena de prisão derivada da afirmação da culpabilidade. Portanto, se a pena privativa de liberdade necessariamente deve derivar da imposição de uma necessidade absoluta derivada da missão de controle social do intolerável, somente uma situação de absoluta intolerabilidade – traduzida na impossibilidade de realização do mesmo controle por outro mecanismo menos gravoso – a mesma exata justificativa deverá aparecer para a aplicação da pena como instrumento de garantia cautelar. Do contrário, resultaria absolutamente contraditório, pois haveria uma cautelar que não se prestaria a garantir o provimento principal, mas sim, estaria sustentada por um fim em si mesma, ou seja, seria uma cautelar autossatisfativa.

A agressão derivada de uma conclusão dessas é mais do que evidente: o controle social do intolerável estaria sendo exercido no meio do processo, sem afirmação de culpa, com aplicação do instrumental mais gravoso de que dispõe o

Estado para o seu exercício, e ainda, sem qualquer propósito além do de realizar a prisão naquele preciso momento.

A segunda conclusão obrigatória, de que a prisão processual somente se justifica quando haja a perspectiva de que, afirmada a culpabilidade, será realizada uma pena de prisão como instrumento necessário de controle. Assim, se a estrutura de imputação impele a vislumbrar que, afirmada a culpa, não será possível o uso do instrumento privação da liberdade, nada justificará que, no curso da formação da culpa, seja utilizado tal gravame como instrumento de garantia processual.

Mesmo vislumbradas circunstâncias que indiquem a possibilidade de ocorrência de fatos que reclamarão a intervenção penal no controle social, se o processo em que figura tal circunstância não puder levar potencialmente à pena de prisão, não é possível a aplicação da prisão processual. Isso porque o processo tem um contorno limitador que é a proposta o Ministério Público que o inaugura. Seu resultado jamais poderá passar dos limites ali fixados. Se desses limites não se alvitra prisão, esta não poderá ser estabelecida em seu curso. Trata-se, evidentemente de uma questão de proporcionalidade. A cautelar jamais poderá ter um viés de importância que supere a pretensão de mérito.[297]

Nem se avente como argumento o risco de produção de novos delitos, já que eventuais exercícios de premonição a respeito de novas práticas delitivas não pertencem ao Direito penal, que nunca foi, nem pode ser, instrumento preventivo de novas práticas delitivas. O Direito penal não opera com conjecturas e está direcionado a fatos passados. Somente é possível atuar penalmente após a prática delitiva, ou seja, a intervenção penal necessariamente sucede e não precede os crimes.

---

[1] Alguns autores acrescentam que "facilmente se comprova o predomínio da ideia d que antes do último terço do século XVIII a ciência penal era, como tal inexistente, e os sistemas positivos não passavam de fórmulas de legalidade relativa com amplas portas para a arbitrariedade e o terror; sobre tais leis o

único que fizeram os estudiosos, diz-se, foi elaborar 'glosas práticas', para facilitar seu uso forense, mas não teorias científicas". QUINTERO OLIVARES Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel*Curso de Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997. p. 151.

2 HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p 20.

3 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de derecho penal, Parte general* ... cit., p. 153.

4 HASSEMER, Winfried. *Persona*... cit., p. 21.

5 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de derecho penal, Parte general*… cit., p. 133-154.

6 HASSEMER, Winfried. *Persona*... cit., p. 18.

7 HASSEMER, Winfried. *Persona*… cit., p. 19.

8 HASSEMER, Winfried. *Persona*... cit., p. 19-20.

9 A filosofia política do Iluminismo trouxe consigo novas concepções sobre o indivíduo, a sociedade, o Estado e o método de estudos das ciências sociais e naturais.

10 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción.* Madri Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 127.

11 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho penal… cit., p. 127.

12 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de derecho penal, Parte general*… cit., p. 154.

13 HASSEMER, Winfried. *Persona*... cit., p. 22.

14 Cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte genera* Barcelona: Ariel, 1986, p. 22.

15 SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *Las medidas de seguridad y el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 43.

16 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal Español... cit., p. 22.

17 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal Español... cit., p. 42.

18 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal Español... cit., p. 20.

19 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal Español... cit., p. 20.

20 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal Español... cit., p. 20.

21 SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *Las medidas*... cit., p. 44.

22 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho penal… cit., p. 127.

23 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáne* Barcelona: Bosch, 1992. p. 198.

24 SANTOS, Juarez Cirino dos.*Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 461.

25 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREE, Hernán. Pena e estado. *bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982. p. 114 ss.

26 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREE, Hernán. Pena e estado. cit., p. 120.

27 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREE, Hernán. Pena e estado. cit., p. 120.

28 Nesse sentido o comentário de Claus Roxin. Los últimos desarrollos de la polític criminal, *Política criminal y estructura del delito*. Trad. de Juán Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé. Barcelona: PPU, 1992. p. 10 e 13.

29 KANT, Immanuel. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978. p. 167.

30 KANT, Immanuel. *Principios metafísicos*... cit., p. 167.

31 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*… cit., p. 127.

32 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich.*Filosofía del derecho*. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968. p. 107.

33 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofía del derecho*... cit., p. 108.

34 ANTÓN ONECA, José. Los fines de la pena según los penalistas de la lustración *REP*, Madrid: REP, 1964. p. 426.

35 Cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español*... cit., p. 24.

36 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español*... cit., p. 24.

37 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español*... cit., p. 24.

38 BITENCOURT, Cezar Roberto*Falência da Pena de Prisão. Causas e alternativas.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 110.

39 BITENCOURT, Cezar Roberto*Falência da Pena de Prisão*... cit., p. 110; e BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español*... cit., p. 24.

40 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 284.

41 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 284.

42 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 284.

43 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 281.

44 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 282.

45 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93.

46 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*... cit., p. 93.

47 SIERRA LÓPEZ, María do Valle. *Las medidas*... cit., p. 17.

48 ZAFFARONI, Eugenio Raúl*Manual de Derecho Penal. Parte general*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1996. p. 215.

49 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*... cit., p. 214.

50 ROXIN, Claus. *Derecho penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 84.

51 ROXIN, Claus. *Derecho penal*… cit., p. 84.

52 Neste sentido GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I (2004), *Revista Direito GV*, n 4. São Paulo: FGV, jul./dez. 2006. p. 191.

53 Nesse sentido: LÜDERSSEN, Klaus. *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt-am-Ma Suhrkamp, 1995. p. 99 ss.

54 HASSEMER, Winfried. *Persona*... cit., p. 191.

55 HASSEMER, Winfried. ¿Por qué e con qué fin se aplican las penas? (sentido e fi de la sanción penal), *Revista de Derecho penal e criminología,* 2ª Época, nº 3, p. 317-331. Madrid: UNED e Marcial Pons, 1999. p. 318.

56 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*… cit., p. 199.

57 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*... cit., p. 199.

58 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 463-464.

59 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual*... cit., p. 297-298.

60 HASSEMER, Winfried. Symbolisches Straf recht und Rechtsgüterschutz. *NStZ – Neue Zeitschrift für Strafrecht.* Munchen: C. H. Becksche, 1989. p. 555, nota 29.

61 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*... cit., p. 203.

62 Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*... cit., p. 204.

63 Vorbeugung durch Vergeltung. Cf. Jesús María Silva Sánchez. *Aproximación*... *ci* p. 199, quem atribui a expressão a Gallas.

64 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 82.

65 ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 83.

66 BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 20(p. 153.

67 Nenhuma pessoa prudente (responsável) castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não se volte a pecar.

68 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 136.

69 BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana) *De los delitos y de las penas.* Trad. de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza, 1986. p. 51.

70 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 136.

71 FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von *Tratado de Derecho penal.* Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p 60.

72 Cf. Nesse mesmo sentido, Antolisei, sustenta que, na primeira etapa, que é do estabelecimento ou previsão legal da pena, pretende um efeito disuasório – "A função da pena, neste momento, não é nem pode ser mais que a *prevenção geral dos delitos*" – que, a seu entender é tão claro que negá-lo seria "quase como pôr em dúvida a existência do sol". Em seguida, conclui que o efeito disuasório só se completa na medida en que aqueles que são efetivamente condenados recebam a correspondente pena. ANTOLISEI, Francesco *Manual de Derecho Penal.*

Parte general. Trad. por Juan do Rosal e Angel Torío. Buenos Aires: Uteha, 1960. p. 508.

73 FEUERBACH, Johann Paul Anselm Ritter von. *Tratado...* cit., p. 60.

74 FEUERBACH, Johann Paul Anselm Ritter von. *Tratado...* cit., p. 60.

75 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão...* cit p. 117.

76 KANT, Immanuel. *Principios metafísicos...* cit., p. 167.

77 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich.*Princípios da filosofia do direito.* Trad. de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990. p. 111-112.

78 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão...* cit., p. 118.

79 GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I (2004)… cit., p. 194.

80 STRATENWERTH, Günther*Derecho Penal. Parte general,* I. Trad. de Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982. p. 17.

81 ANTÓN ONECA, José*Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 al 1945*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1944. p. 92.

82 STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal...* cit., p. 15.

83 Gustav Radbruch realizou uma vigorosa crítica à associação dos regimes Fascista Stalinista, que submeteram a seu povo sob constantes ameaças. Comenta Radbruch que "[…] a *teoria da intimidação* experimentou recentemente um renascimento, não, é certo, sob a forma da concepção liberal do 'Estado de direito', que terminamos de descrever, mas com um caráter supraindividualista no direito penal *terrorista do* Fascismo. O memorial que acompanha o novo Código Penal Italiano começa por invocar expressamente a concepção fascista do Estado como um organismo, nas seguintes palavras: 'o Estado não é a soma aritmética dos indivíduos que o compõem, mas o resultado, a síntese e o todo formado pelos indivíduos, grupos e classes que o constituem, com uma vida própria, com fins próprios, com necessidades e interesses seus, que excedem em duração e extensão os desses indivíduos, grupos e classes, e abarcam tanto as gerações presentes como as futuras'. O direito penal deste Estado não tem o caráter de um direito para a defesa da sociedade (*difesa sociale*, no sentido que lhe foi atribuído por Ferri), mas para a defesa do próprio Estado [...] e é na intimidação e inutilização de seus inimigos, [...] Uma outra renovação do direito penal intimidatório é a representada pelo direito penal soviético. O Código

Penal Russo, de 1926, [...] um misto curioso de direito autoritário, correspondendo à ditadura do proletariado, e de direito social, [...] é também uma concepção autoritarista que faz que aí apareça, ao lado dos fins de *prevenção* e *reforma*, a intimidação como fim da pena – principalmente a respeito dos crimes políticos [...] Mas ainda mais característica que esta mescla de elementos autoritários e de concepções de direito social no Código Penal soviético, é a completa renúncia que aí se faz de todas as garantias do 'Estado de direito'. Os atos punidos pela lei com qualquer pena deixam de ser crimes quando em certos casos concretos não constituam perigo para a comunidade; pelo contrário, atos não punidos pela lei passam a ser crimes, se esse perigo vier a existir. Isto é: não vigora na Rússia o preceito do '*nullum crimen sine lege*' [...] também as pessoas que 'pelas conexões com o *meio do crime* ou em virtude de uma atividade anterior possam vir a representar um perigo para a sociedade'. [...] se encontram, [...] sujeitas às medidas de defesa social". RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Trad. de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 321-323.

84 ROXIN, Claus. *Derecho penal*… cit., p. 93.

85 Nesse sentido SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal. Parte Geral... cit., p. 4(
468.

86 ROXIN, Claus. *Derecho penal*… cit., p. 91.

87 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*… cit., p. 142.

88 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 488.

89 Veja-se, nesse sentido, por ex.: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pen[a] de Prisão*... cit., p. 122.

90 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal... cit.,* p. 151.

91 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*... cit., p. 102.

92 Veja-se, a respeito, o comentário em Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal. Pa[rte] Geral*... cit., p. 465.

93 Juarez Cirino dos Santos identifica esta como uma das funções reais da pena. SANTOS, Juarez Cirino dos*Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 465, Efetivamente, essa é uma função da pena. Algo que a prisão realiza, sendo ou não este o propósito.

94 Nesse sentido, comenta Bitencourt que o delito não é simplesmente a violação da norma jurídica, mas, antes de tudo um perigo social. BITENCOURT, Ceza Roberto. *Falência da Pena de Prisão*... cit., p. 123.

95 O termo *ortopedia moral* é utilizado por Michel Foucault. *Vigiar e Punir.* 30. ed. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 13.

96 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español*... cit., p. 20.

97 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 104.

98 ROXIN, Claus. *Derecho penal*… cit., p. 85-86.

99 Nesse sentido: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia*... cit., p. 321.

100 LISZT, Franz von.*Tratado de Derecho Penal.* 3. ed. Trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20. ed. alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927. t. 2, p. 9-10.

101 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de derecho penal. Parte general*... cit., p. 80.

102 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*... cit., p. 103.

103 Nesse sentido, Elio Morselli. A função da pena à luz da moderna criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 19, jul./set. 1997, p. 39-46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 41.

104 "Missão principal da reforma do Direito penal alemão de 1975 foi "a moderna configuração do sistema de sanções como instrumento válido da política criminal com o objeto de prevenir delitos futuros, sobretudo mediante a ressocialização do delinquente." JESCHECK, Hans-Heinrich*Tratado de Derecho Penal. Parte General.* 4. ed. trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares 1993. p. 683.

105 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*... cit., p. 687.

106 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*… cit., p. 154.

107 Para detalhes a respeito da Nova Defesa Social, vide Marc Ancel. *A Nova Defesa Social*. Trad. de Osvaldo Melo, Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Forense, 1979.

108 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*…cit., p. 155.

109 STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 14.

110 Cf. MORSELLI, Elio. A função… cit., p. 42.

111 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal. Parte Geral... cit., p. 484.

112 HASSEMER, Winfried. ¿Por qué e con qué fin se aplican las penas?... cit., 1999, 322.

113 STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 15.

114 Os guardas do muro de Berlim, cumprindo ordens superiores, absolutamente lega desde seu ponto de vista, muitas vezes executaram pessoas que tentavam transpor o muro desde a parte Oriental para a parte Ocidental da antiga Alemanha dividida.

115 STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 15.

116 *V. g.* convém destacar que na realidade latino-americana existem marcadas diferenças culturais, principalmente nos países de ancestrais presenças indígenas, onde na maioria dos casos ainda mantêm seus costumes ancestrais. Caso de México, Perú, Colômbia, Bolívia, Equador etc.

117 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*... cit., p. 105-106.

118 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español*... cit., p. 34.

119 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*… cit., p. 157-158.

120 Nesse sentido a crítica de Klaus Günther. Crítica da pena I (2004)… cit., p. 195.

121 STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 15.

122 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de derecho penal. Parte general*... cit., p. 83; e SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 470.

123 Assim é no cenário doutrinário espanhol e alemão, conforme referido em Bernard Feijoo Sánchez. *Retribución y prevención general*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007. p. 235.

124 Servem de exemplo o Código Penal alemão e o brasileiro.

125 Nesse sentido o comentário de Bacigalupo no sentido de que o conflito entre os critérios retributivo e preventivo terminam por conduzir à prevalência de um sobre o outro. A respeito, vide: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Princípios de Derecho penal*. 5. ed. Madrid: Akal, 1998. p. 14.

126 Assim refere criticamente Claus Roxin. *Derecho penal*... cit., p. 93. Também Bernardo Feijoo Sánchez. Retribución y prevención general... cit., p. 236.

127 Nesse sentido, veja-se, por todos Feijóo Sánchez, Bernardo.*Retribución y prevención general...* cit., p. 237.

128 As denominações são utilizadas por Antonio García-Pablos de Molina.*Derecho penal…* cit., p. 165.

129 Assim em Bernardo Feijoo Sánchez.*Retribución y prevención general...* cit., p. 239.

130 Veja-se: BERNER, Albert Friedrich. Entwurf zu einer phänomenologischen Darstellung der bisherigen Straftheorien sowie zu einer begriffsmässigen Vereinigung der relativen Theorien mit der absoluten, *Archiv des Criminalrechts*. Halle: C. A. Schwetschte und Sohn, 1845. p. 144 ss.

131 Adolf Merkel apresentou sua concepção mista da pena pela primeira vez em uma conferência chamada *Sobre Justiça Retributiva*. Über Vergeltende Gerechtigkeit, *Kriminalistische Abhandlungen. Band I*. Leipzig: Breitkopf-Hártel, 1867, e alguns anos mais tarde apresentou, em seu tratado, detalhes sobre o tema. O tratado encontra-se acessível em uma recente republicação de uma antiga tradução em língua espanhola: MERKEL, Adolf.*Derecho penal. Parte General*. Trad. de Pedro Dorado Montero, Montevideo – Buenos Aires: BdeF 2004. p. 193 ss.

132 MERKEL, Adolf. *Derecho penal. Parte General...* cit., p. 193-194.

133 MERKEL, Adolf. *Derecho penal. Parte General...* cit., p. 194.

134 MERKEL, Adolf. *Derecho penal. Parte General...* cit., p. 197-199.

135 Feijoo Sánchez as qualifica de teorias preventivas da união. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general...* cit., p. 242.

136 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación…* cit., p. 201.

137 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal…*cit., p. 165.

138 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...* cit., p. 198.

139 ROXIN, Claus. *Derecho penal…* cit., p. 100.

140 Idem, p. 100. Agrega Roxin que "[...] hoje se acentua ainda com frequência que só se deveria falar de uma "autêntica" teoria unificadora ou mista "em sentido tradicional" quando os fins preventivos não tocam o caráter retributivo da pena e só se contemplariam no marco traçado pela retribuição. Esta teoria deve ser rechaçada [...] já pelo fato de que, como mera modificação da teoria da

retribuição, lhe são aplicáveis todas as objeções formuladas contra esta [...] e daí que atualmente resulte tão dificilmente defensável como esta". ROXIN Claus. *Derecho penal…* cit., p. 94.

141 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General…* cit., p. 95.

142 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 95 ss.

143 Veja-se, para detalhes: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Te* 2. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1984. p. 27-60. Um bom resumo da teoria pode ser encontrado em Antonio García-Pablos de Molina. *Derecho penal…* cit., p. 171.

144 SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*... cit., p. 52.

145 SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*... cit., p. 52-53.

146 SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*... cit., p. 55 e 57.

147 SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil…* cit., p. 58.

148 Nesse sentido: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención genera* cit., p. 234.

149 Nesse sentido: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención genera* cit., p. 235.

150 FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*... cit., p. 235.

151 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación…* cit., p. 202.

152 STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal…* cit., p. 18.

153 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal.* Barcelona: Bosch 1975. p. 35.

154 Como bem refere Feijoo Sánchez, "o fundamento da pena concreta tem que ser o mesmo fundamento da pena em abstrato, já que esta é só uma aplicação da pena como instrumento jurídico ao caso concreto". FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernard *Retribución y prevención general...* cit., p. 256.

155 Nesse sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general* cit., p. 248; e JAKOBS, Günther. *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* 2. ed. Corrigida. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 590 591.

156 Assim em Francesco Antolisei. *Manual de Derecho Penal*... cit., p. 501-502.

157 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*… cit., p. 282.

158 Nesse sentido: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*… cit., p. 249.

159 O tema aparece referido já no livro *As regras do método sociológico*, que é de 1895. “o crime é normal porque uma sociedade que dele estivesse isenta seria inteiramente impossível. O crime, conforme mostramos alhures, consiste num ato que ofende certos sentimentos coletivos dotados de uma energia e de uma clareza particulares. Para que, numa sociedade dada, os atos reputados criminosos pudessem deixar de ser cometidos, seria preciso que os sentimentos que eles ferem se verificassem em todas as consciências individuais sem exceção e com o grau de força necessário para conter os sentimentos contrários. Ora, supondo que essa condição pudesse efetivamente ser realizada, nem por isso o crime desapareceria, ele simplesmente mudaria de forma; pois a causa mesma que esgotaria assim as fontes da criminalidade abriria imediatamente novas.” DURKHEIM, Émile. *As regras do Método Sociológico*. Trad. de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 68.

160 Veja-se especialmente: PARSONS, Talcott. *La estructura de la acción social*. Madrid: Guadarrama, 1968. O original é de 1937.

161 Veja-se: MERTON, Robert. Social Structure and Anomy. *American Sociological Review*, 3, 1938.

162 Também tem essa impressão FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*... cit., p. 317.

163 Nesse sentido o comentário de Gregorio Robles. *Crimen y castigo*: ensayo sobre Durkheim. Madrid: Civitas, 2001. p. 95-96.

164 MERTON, Robert K. Estructura Social y Anomia, *Teoría y Estructura Sociales*. … ed. Trad. de Mario Bunge. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 209-210.

165 MERTON, Robert K. Estructura Social y Anomia… cit., p. 210.

166 MERTON, Robert K. Estructura Social y Anomia… cit., p. 210.

167 Veja-se em Robert K. Merton. Estructura Social y Anomia... cit., p. 219-236.

168 Nesse sentido a observação de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa

Andrade. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena.* Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 315.

169 Vide: LUHMANN, Nicklas. *Sociologia do Direito.* Trad. de Gustavo Bayer. Rio Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, *passim,* especialmente p. 109 ss do volume I.

170 Veja-se detalhes em JAKOBS, Günther. *Derecho Penal parte general*... cit., p. 9 ss.

171 POSSAS, Mariana Thorstensen. O Problema da inovação da teoria da prevençã geral positiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 56, set./out. 2005, p. 268.

172 POSSAS, Mariana Thorstensen. O Problema da inovação... cit., p. 268.

173 SIERRA LÓPEZ, María do Valle. *Las medidas*... cit., p. 54.

174 SIERRA LÓPEZ, María do Valle. *Las medidas*... cit., p. 54.

175 SIERRA LÓPEZ, María do Valle. *Las medidas*... cit., p. 54.

176 SIERRA LÓPEZ, María do Valle. *Las medidas*... cit., p. 54.

177 É de todo conveniente destacar que a leitura de Jakobs a respeito das teses de Luhmann é, já de entrada, fortemente criticada por seu reducionismo, dado que o primeiro é acusado de distorcer e estreitar o âmbito das implicações da teoria dos sistemas de Luhmann, reduzindo o controle das expectativas contrafáticas do direito à mera estabilização da norma sancionadora penal, em sua teoria da prevenção geral positiva. Para detalhes sobre a crítica, leia-se Mariana Thorstensen Possas. O Problema da inovação... cit., p. 267-307. Entretanto, isso não significa que se possa *salvar* a concepção *luhmanniana* da principal crítica que se faz às teses de Jakobs, qual seja a da inviabilidade de crítica à norma. Na medida em que o que se busca é estabilizar contrafaticamente a norma, trata-se de afirmar sua vigência em face de um caráter formal, o que gera uma imobilização da capacidade de crítica intrassistemática.

178 "Um fato penal – [...] – não pode definir-se como lesão de bens, mas só como lesão da juridicidade. A lesão da norma é o elemento decisivo em Direito penal, como demonstra a punibilidade da tentativa, e não a lesão de um bem. De novo, de forma paralela ao anterior, tampouco a pena pode estar referida à segurança dos bens ou algo similar; a segurança dos bens ou a prevenção de delitos se encontram com respeito à pena em uma relação excessivamente elástica como para poder passar por funções da mesma." JAKOBS, Günther. La ciencia de

Derecho penal ante las exigencias del presente. Conferência proferida em *Seminario impartido en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España*. Trad. de Teresa Manso Porto, Sevilla, 2000. p. 13.

179 "[...] a pena é a confirmação da identidade da sociedade, isto é, da estabilidade normativa, e com a pena se alcança este – se se quer – fim da pena sempre". Idem, p. 13.

180 FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*... cit., p. 313.

181 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 15. Esse autor considera que a finalidade última do direito penal é influir na consciência individual para fortalecer os valores jurídicos fundamentais e aceitar sua vigência. Os bens jurídicos, com Welzel, se convertem em tema secundário. O fundamental para o Direito penal é assegurar os valores ético-sociais da ação e "só assegurando os elementares valores sociais da ação se pode lograr uma proteção de bens jurídicos realmente duradoura e eficaz".

182 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 100; nesse mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal*… cit., p. 91; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*… cit., p. 204.

183 JAKOBS, Günther. La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente cit., p. 13.

184 Assim, por exemplo, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*... cit., p. 467 ss, o qual, inclusive, adota a mesma posição defendida pelo autor alemão. Confira-se na mesma obra, p. 529 ss.

185 Para Jakobs, "o código determinante [da pena] não é 'justo *versus* adequado a fin mas sim 'merecido *versus* imerecido'". JAKOBS, Günther. *La pena estatal*. Trad. de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas 2006. p. 151.

186 Trata-se de HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar?* Trad. de Manuel Cancio Meliá e Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

187 Como manifestamos anteriormente, o bem jurídico se desatende quando se proteg norma independentemente de seu conteúdo, com o que se corre o risco de que a norma adquira qualquer conteúdo de valor. O voltar-se para a norma é o ponto em que, de modo resumido, se distancia a perspectiva de Hassemer daquilo que

se defende nesta obra.

188 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 393.

189 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos*... cit., p. 393.

190 HASSEMER, Winfried. *Persona*... cit., p. 199 ss.

191 HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. México D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 23: "Lo que Hegel concibió hace ya tiempo – mediante una fórmula fácil de recordar – al respecto del sentido de la pena, es decir, *la negación de la negación del Derecho*, se puede descubrir fácilmente en la experiencia de la vida cotidiana y en las fórmulas de las modernas ciencias sociales: se repite lo ya dicho, se refleja y se confirma otra vez. Lesionar o infringir una norma puede concebirse con toda razón como la negación de la negación del Derecho".

192 HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*… cit., p. 31.

193 HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*… cit., p. 34.

194 HASSEMER, Winfried. *Persona*... cit., p. 200.

195 Veja-se, a respeito: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 116. É interessante notar, neste último aspecto, que justamente a apropriação do conflito pelo Estado, na visão da criminologia crítica, especialmente na teoria negativa/agnóstica da pena, é vista como geradora de uma falta de solução do conflito, transferindo este para o tempo. Trata-se de duas visões diferentes do mesmo fenômeno que, contudo, não são irreconciliáveis. É claro que, do ponto de vista da satisfação da vítima, é a reparação de dano ou as iniciativas da chamada Justiça Restaurativa que vão alcançar a plenitude. Porém, do ponto de vista da dimensão sociológica do conflito, a solução definitiva é justamente a intervenção penal do Estado, bloqueando iniciativas de vingança. Assim, tudo depende do ponto de vista de que se entenda que deve ser a função do Direito penal. A meu ver, o Direito penal não se presta a promover nenhuma satisfação pessoal individual. Muito pelo contrário. Funciona como instrumento de realização de um dever de controle social que é exigido pelos indivíduos ao

Estado, como meio de preservação das relações e interesses desses mesmos indivíduos, mas de todos e cada um deles, não apenas de um, eventualmente vitimado pelo crime.

196 MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. *Teoría de las consecuencias jurídicas do delito* Madrid: Tecnos, 1991. p. 27.

197 Nessa garantia, coincide precisamente com os postulados de um Direito penal mínimo, formulados por Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón.* Trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Jua Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997. p. 331 ss.

198 KAUFMANN, Arthur. Über die gerechte Strate, *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*. Berlín/New York: W. de Gruyter, 1996. p. 429.

199 HASSEMER, Winfried, 1989, *Symbolisches...* cit., p. 553-559, p. 555, nota 29.

200 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...* cit., p. 203.

201 Para os Clássicos, a missão da pena consistia em alcançar a "justiça absoluta", de conteúdo metafísico (reflexão abstrata do princípio), independentemente de qualquer fim empírico. A pena, então, era entendida como pura "retribuição". Nesse sentido Kant sustentava que a pena é retribuição à culpabilidade do sujeito. Depois de tudo, o certo é que em Kant havia uma preocupação por uma "pena justa", tanto desde o ponto de vista do fato como do sujeito pelo fato realizado. Esse ideal de justiça pelo fato realizado marca o desenvolvimento do princípio de culpabilidade: só se responde pelo fato praticado e na medida da culpabilidade do sujeito.

202 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...* cit., p. 205.

203 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...* cit., p. 205.

204 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de derecho penal. Parte general...* cit., p. 89.

205 HASSEMER, Winfried, 1999, *Persona...* cit., p. 35.

206 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT Miguel. *Curso de derecho penal. Parte general ...* cit., p. 89.

207 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general...* cit., p. 20.

208 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 77; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antoni

Tratado de criminología. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 709.

209 Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde. *Introducción*... cit., p. 103, sustentam que "naturalmente não é isto o que pretende esta teoria como tampouco o pretende nenhuma das teorias preventivas atualmente existentes em nosso âmbito cultural; mas, de certo modo, este é um perigo ao que estão expostas quando fundamentam as normas penais com a confirmação do reconhecimento normativo".

210 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 491.

211 Veja-se, a respeito, comentário em Klaus Günther. Crítica da pena I (2004)… cit. p. 201.

212 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 136 ss.

213 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 155 ss.

214 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 148 ss.

215 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires Ediar, 1989. p. 16 ss.

216 Assim denominada por SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. cit., p. 477.

217 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 477.

218 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 478.

219 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 478.

220 Confira-se Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 478, apontando como primeira explicação materialista da retribuição equivalente da pena Evgeny Bronislanovich Pasukanis. *A teoria geral do Direito e o marxismo*. Trad. de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

221 RUSCHE, Georg; KÜRSCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social.* 2. ed. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 20.

222 No mesmo sentido, Foucault enxerga na agressividade das penas do sistema punitivo que precedeu a revolução industrial "o efeito de um regime de produção em que as forças de trabalho, e portanto, o corpo humano, não têm a utilidade

nem o valor de mercado que lhe serão conferidos numa sociedade de tipo industrial", reconhecendo a conexão entre forças de produção e sistema punitivo. Veja-se em Michel Foucault. *Vigiar e Punir*... cit., p. 46.

223 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 479.

224 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica.* Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

225 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 480-481.

226 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito penal.* 2. ed. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

227 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 482.

228 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 483.

229 "O crime como *realidade social construída*, a criminalização como *bem social negativo* e o sistema de justiça criminal como *instituição ativa* na distribuição social da criminalização podem ser explicados pela lógica das chamadas *meta-regras* – ou *basic rules*, segundo CIROUREL – mecanismos psíquicos de natureza emocional atuantes no cérebro do operador do Direito, constituídos de estereótipos, preconceitos, idiossincrasias e outras deformações ideológicas do intérprete." SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 486. Para uma adequada compreensão dos estigmas como meta-regras, veja-se, no Brasil: BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas. Um estudo sobre os Preconceitos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

230 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 488.

231 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*... cit., p. 487.

232 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 87 ss., especialmente p. 94-95.

233 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*... cit., p. 93.

234 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*... cit., p. 95.

235 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*... cit., p. 87.

236 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKA Alejandro. *Direito penal brasileiro – I...* cit., p. 96.

237 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 473.

238 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKA Alejandro. *Direito penal brasileiro – I...* cit., p. 108-109.

239 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKA Alejandro. *Direito penal brasileiro – I...* cit., p. 96.

240 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKA Alejandro. *Direito penal brasileiro – I...* cit., p. 98.

241 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKA Alejandro. *Direito penal brasileiro – I...* cit., p. 99.

242 Assim definida por Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal. Parte Geral...* cit., p 473.

243 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKA Alejandro. *Direito penal brasileiro – I...* cit., p. 102-105.

244 LÜDERSSEN, Klaus. La imputación individualizadora de lesiones de biene jurídicos: um límite infranqueable para las alternativas de la pena, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*. Org.: Mir Puig. Belaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982. p. 177.

245 LÜDERSSEN, Klaus. La imputación individualizadora de lesiones de biene jurídicos… cit., p. 177.

246 Nesse sentido: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducci a la criminología.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 361; e também: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación…* cit., p. 100.

247 “[...] a linha fundamental de uma política criminal alternativa é dirigida para a perspectiva de máxima contração e, no limite, da superação do sistema penal [...]”. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...* cit., p. 205-206.

248 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación…* cit., p. 19.

249 ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos...* cit., p. 193.

250 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación…* cit., p. 20.

251 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación…* cit., p. 21.

[252] “Desde uma perspectiva empírica, estas propostas em muitos casos não podem explicar a realidade, pecando de idealismo ou romantismo. As teorias do conflito, como base de uma construção sociológica da criminologia, não podem explicar muitíssimos fenômenos de criminalização do Direito Penal moderno (delitos contra o meio ambiente, socioeconômicos, delitos contra a Administração Pública cometidos por autoridades etc.) nem o sistema de justiça penal. Grande parte de suas críticas carecem de justificação e partem de pressupostos ideológicos que chocam com a realidade de nossas sociedades. Por outro lado, também as vítimas que pretende proteger o Estado pertencem majoritariamente às classes mais humildes. [...] as versões radicalmente ideologizadas derivadas da perspectiva do etiquetamento carecem de propostas político-criminais praticáveis nas sociedades modernas.” FEIJÓO SÁNCHEZ Bernardo. *Retribución y prevención general*...cit., p. 339-340.

[253] A expressão é de FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo em FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernard *Retribución y prevención general*... cit., p. 334.

[254] Nesse sentido a proposta de Baratta, que figura em BARATTA, Alessandro *Criminologia Crítica*... cit., p. 197 ss. Essa postura é veementemente criticada por Prittwitz em PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal d Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* nº 47. Trad. de Helga Sabotta de Araújo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31-45, e também por Albrecht, para quem até mesmo “aqueles movimentos politicamente alternativos ou antiestatais que no seu início mostravam pouca confiança no Estado e na lei, figuram hoje entre os propagandistas do direito penal e os produtores ativos de leis”. ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista, *La insostenible situación del Derecho penal.* Trad. de Ricardo Robles Planas. Granada: Comares, 1999. p. 479.

[255] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*... cit., p. 20.

[256] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*... cit., p. 21.

[257] Nesse sentido: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general* cit., p. 341.

[258] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito penal.* Trad. de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 431-

432: “[...] com a abolição do Direito Penal todos cairão uns sobre os outros [...] esta espécie de abolicionismo quer exorcizar o diabo com o belzebu. Pois o fato de que com a abolição do Direito Penal também o controle social deixa de existir (as normas, sanções, condenações e punições da vida cotidiana), não se deve esperar neste mundo. A eliminação do Direito Penal do sistema global de controle social levaria a que os outros âmbitos imediatamente cuidassem dos problemas de controle não solucionados, e na verdade, de acordo com a melodia, não se poderia representar exatamente a ideia de formalização: o que também ocupasse o lugar do Direito penal no sistema de controle social – seria pior que o Direito Penal. A teoria e a política moderna do Direito Penal não são a da abolição, senão a de defesa e aperfeiçoamento da ideia de formalização.

259 Cf. GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I (2004)… cit., p. 138.

260 HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar?...*cit., p. 178.

261 HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar?...* cit., p. 106.

262 HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar?...* cit., p. 107.

263 HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar?...* cit., p. 107.

264 Veja-se ANDERSON, Elijah.*Code of the Street: Decency, Violence, and the Moral Life of the Inner City*. New York: W. W. Norton & Company, 2000. especialmente p. 203.

265 DURKHEIM, Émile*As regras do Método Sociológico...* cit., p. 71-72. Daí o sentido “positivo” que Durkheim emprestava para o crime na sociedade.

266 Cfr. Señala, Antonio García-Pablos de Molina. Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico, *RFDUC (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)*, nº 63, otoño 1981. Madrid: Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 26: “[…] se prescindíssemos do direito penal, não seria fácil encontrar um sistema de controle menos repressivo, nem menos arbitrário, nem mais seletivo. Quiçá, se operaria tão só uma troca de etiquetas; um câmbio de titulares e de vítimas, mas não do conteúdo e extensão do *ius puniendi* que, em definitivo, é o que importa”.

267 Veja-se: HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. cit., p. 37: “[…] la demanda de suprimir el Derecho penal de ninguna forma es una opción agradable para los seres humanos y mucho menos para los derechos humanos. Tan sólo se lograría, toda vez que el control social seguiría regiendo

nuestras vidas, eliminar los límites de las injerencias, dejando así vía libre a los poderosos intereses sociales para imponer sus sanciones. Y eso sí que sería una verdadera miseria".

268 HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar?...* cit., p. 178.

269 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 497.

270 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 497.

271 Veja-se, a respeito, a divisão entre *turistas,* e *vagabundos* que aparece em Zygmu Bauman. *Globalização.* Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zaha Editor, 1999. p. 100-102.

272 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização...* cit., p. 100-102.

273 Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...* cit., p. 182 ss.

274 Ver, a respeito: WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade.* Trad. de João Roberto Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

275 Segundo Baumann, "o dilema sobre o qual mais se cogita hoje em dia é se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para consumir. Isto é, se ainda somos capazes e sentimos a necessidade de distinguir aquele que vive daquele que consome". BAUMAN, Zygmunt. *Globalização...* cit., p. 88-89.

276 BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos.* Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio d Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 44-51.

277 Essa conversão, já antes reconhecida por Foucault em Vigiar e Punir é tambén admitida por Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 485.

278 BAUMAN, Zygmunt.*Globalização...* cit., p. 102: "os turistas não podem ficar à solta se os vagabundos não forem presos".

279 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização...* cit., p. 116.

280 Sobre a realidade em face dos processos de comunicação, recomenda-se a leitura de Wittgenstein, especialmente em Ludwig Wittgenstein. *Investigaciones Filosóficas.* 2. ed. Trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines Barcelona: Editorial Crítica, 2002.

281 Veja-se detalhes em HANEY, Craig. "Mental Health issues in Long-Tem Solitary and 'Supermax' Confinement". *Crime and Delinquency,* vol. 49, nº 1, jan. 2003. Santa Cruz: University of California. 2003, pp. 124-156.

282 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II.* Petrópolis: Editora Vozes, 2002

p. 173-174.

283 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização...* cit., p. 116.

284 SANTOS, Juarez Cirino dos*Direito penal. Parte Geral...* cit., p. 475-476: "do ponto de vista metodológico, a teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal descarta o conceito de *modo de produção* da vida social [...] como método de análise dos fenômenos sociais o que explicaria a relativa abstração dos conceitos de *Estado*, de *poder político* e de *pena criminal*, carentes de determinações históricas concretas: o *Estado* parece independente da *estrutura de classes* da sociedade civil (mais no original argentino do que na versão brasileira, em que o conceito de *classe social* é introduzido por NILO BATISTA); o*poder político* do Estado parece isolado da *luta de classes* na estrutura econômica da relação *capital/trabalho assalariado* – aliás, o conceito de *luta de classes* seria o melhor argumento para a analogia entre *pena* e *guerra*, assumida pelos autores; e a *pena criminal* parece diluída na coerção oficial mediante *privação de direitos* ou *dor*, sem identificar a *prisão* como modalidade específica de punição das sociedades capitalistas".

285 A ideia representa quiçá um dos poucos pontos dissonantes entre a proposta que aqui se defende e a ideia proposta por Nilo Batista e Zaffaroni em ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I...* cit., p. 98. Nota-se que os autores não rechaçaram os fundamentos de discussão da ideia de controle social, apenas sustentaram, com razão, faltar-lhe uniformidade discursiva. Porém, essa característica, que é igualmente criticada por funcionalistas como Feijóo Sánchez (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general...* cit., p. 375), é, a meu ver, uma virtude. Isso porque é justamente essa característica que permite ao sistema ser aberto às evoluções sociais. Por outro lado, a firmeza e as garantias contra a amplitude do conceito não devem nascer de dentro para fora do sistema de imputação, mas sim de fora para dentro, a partir das bases político-criminais de que se parte para a constituição do sistema, que vão introduzidas pelo conceito de intolerabilidade.

286 A expressão controle social aqui não tem o caráter pejorativo que pretendeu impingir-lhe o modelo mais radical do discurso criminológico (Cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general...* cit., p. 338), mas sim o sentido da instalação de um mecanismo dotado de cogência que sirva de

instrumento de preservação dos interesses elementares dos indivíduos.

287 Veja-se que aqui a tarefa do Direito penal não é meramente de realização de um controle social, ou de um controle social formalizado, como quer Hassemer, até porque essa é, no máximo, uma função de todo o sistema jurídico (nesse sentido a crítica de Bernardo Feijóo Sánchez. *Retribución y prevención general*... cit., p. 378), mas sim o controle social do *intolerável*. É o objeto sobre o qual se debruça o Direito penal que marca, por um lado, sua face de *ultima ratio* e, por outra, o distingue dos demais mecanismos de controle, formalizados ou não.

288 HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar?*... cit., p. 33.

289 HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar?*... cit., p. 101.

290 GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I (2004)… cit., p. 189.

291 ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal*... cit., p. 501.

292 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia*... cit., p. 317.

293 Veja-se KENNEDY, David M. *Las consecuencias criminógenas de la práctica oficial.* Trad. de Luciana Moron, Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 125-127.

294 Em posição diametralmente contrária, defendendo que "a função do Direito penal o fim da pena a ser imposta não são os mesmos", ROXIN, Claus. "El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana", *in InDret, 4, outubro de 2012*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2012, p. 4. Aliás, é precisamente esta dicotomia a debilidade que abre o franco a importante crítica à obra de Roxin, acusada de incongruência.

295 Em sentido semelhante, Vives Antón e Cobo del Rosal defendem que o fundamento da pena é uma ideia de *tutela jurídica*, expressa na proteção de bens e interesses, justificada por sua utilidade. Comentam os autores: "Temos afirmado que a função da pena é a tutela jurídica e, em consequência, em tal função deverão residir tanto o fundamento justificativo da pena quanto os limites dessa justificação. E assim é, com efeito. Porque a tutela jurídica é, em primeiro lugar, tutela de bens e interesses, e por isso incorpora a ideia de uma justificação da pena em virtude do princípio de utilidade, ou seja, por suas consequências beneficentes. Mas, obviamente, não se trata de qualquer classe de tutela, mas precisamente de uma tutela jurídica, que não se pode obter a qualquer preço, mas que deve respeitar também os direitos do delinquente". COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte General.* 5.

ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 823.

296 Não se discute aqui se o esvaziamento do sistema punitivo deriva de uma deliberada pretensão de ampliação da franja de controle exercida pelo sistema punitivo, que quer abarcar um volume maior de pessoas e o faz mediante um procedimento atuarial de redução de custos através de outras formas de vigilância ou segregação, ou se chegou-se a essa situação por força de reconhecer a desumanidade e o rotundo fracasso da prisão como projeto de instrumento de controle social. Para uma panorâmica dessa discussão, veja-se SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*... cit., p. 611 ss.

297 Em sentido similar ao do texto, veja-se, por todos: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direi Processual penal e sua conformidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumer Juris, 2009. v. II, p. 60 ss.

Capítulo 16

AS MODALIDADES DE PENA NO DIREITO BRASILEIRO

INTRODUÇÃO

A principal consequência jurídica das práticas ilícitas é a pena, ainda que se reconheça também a existência de medidas de segurança, às quais se dedica nesta obra um capítulo à parte.[1]

A distinção entre ambas, e que afirma a primazia da pena sobre a medida de segurança, é justamente a bipartição que sofrem, consistente em que, embora em ambas estejam presentes todas as subpretensões de justiça relacionadas ao fato (pretensão de relevância, pretensão de ilicitude e pretensão de punibilidade), a pretensão de reprovação não alcança a medida de segurança. Isso porque, ao tratar-se de uma reprovação pessoal e não fática, é impossível sustentar sua preservação diante de autores que não possuam características que permitam afirmar uma reprovação pessoal.

No Direito penal positivo brasileiro, a separação entre as duas, como regra geral,[2] se dá na afirmação ou não da pretensão normativa de reprovação pessoal, ou seja, a presença ou ausência de culpabilidade e de um prognóstico de periculosidade.

Segundo a determinação legal, nos casos em que é possível pretender a reprovação normativa, incide a pena; para os demais, incidirá a medida de segurança, desde que presente o prognóstico de periculosidade.

Neste tópico, o foco é apresentar o sistema de manejo dessas duas consequências jurídicas segundo seu tratamento no Código Penal brasileiro e, em seguida, descrever a pena a partir de seu desenvolvimento como instituto de controle social, desde suas origens até os dias atuais, bem como apresentar o catálogo de

penas oferecido pelo nosso direito positivo.

1 O SISTEMA DE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ILÍCITO PUNÍVEL: PENA E A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO POSITIVO

O Código Penal brasileiro, em sua exposição de motivos, refere-se à adoção de um sistema vicariante, que consistiria na adoção de pena ou medida de segurança, referindo-se especificamente ao semi-imputável. Consta do item 22 da exposição de motivos da parte geral do Código Penal:

> "Além das correções terminológicas necessárias, prevê o projeto, no parágrafo único, in fine, do art. 26, o sistema vicariante para o semi-imputável, como consequência lógica da extinção da medida de segurança para o imputável. Nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida. Adotada, porém, a medida de segurança, dela se extrairão todas as consequências, passando o agente à condição de inimputável e, portanto, submetido às regras do Título VI, onde se situa o art. 98, objeto da remissão contida no mencionado parágrafo único, do art. 26."

Pode-se interpretar isso de várias formas. Em primeiro lugar, se pode pensar que o legislador limitou o sistema vicariante aos casos de semi-imputabilidade, o que levaria a limitar o máximo da medida de segurança ao *quantum* da pena aplicada para o semi-imputável, ao ser substituída por medida de segurança na forma do art. 98 do CP. Nesse caso, o semi-imputável teria uma medida de segurança limitada, e os inimputáveis teriam medidas de segurança ilimitadas, o que levaria a uma odiosa violação do princípio de igualdade. Seria possível pensar, também, que fenece completamente a ideia do sistema vicariante ao referir o legislador que o juiz, ao adotar a medida de segurança para o semi-imputável, faz com que ele receba o mesmo tratamento do inimputável, ou seja, medida de segurança com prazo indeterminado. Dessas hipóteses parece forçoso concluir que nosso Código o que fez foi meramente

separar pena e medida de segurança, mantendo a última ilimitada em seu *quantum*.

Em decorrência, nossa doutrina se inclina por apresentar o sistema vicariante como sendo simplesmente a opção por pena ou medida de segurança, esquecendo a questão da limitação da medida de segurança pelo total da pena.[3]

Outrossim, também houve autores brasileiros que, ainda que chamassem de sistema vicariante a simples separação entre pena e medida de segurança, defenderam a limitação desta última pelo máximo da pena.[4]

De qualquer modo, o certo é que no art. 26, parágrafo único, o Código Penal brasileiro faz referência a uma redução de pena para o considerado "semi-imputável" e, ao mesmo tempo, no art. 98, o mesmo diploma legal prevê a hipótese de, em sendo necessário um especial tratamento curativo, o mesmo réu seja submetido a medida de segurança por tempo indeterminado.

Ou seja, nosso sistema estabelece uma necessidade de opção pela pena ou medida de segurança, como forma de evitar a cumulação de ambas, pretendendo que isso seja garantia suficiente e a justa resposta às hipóteses de semi-imputabilidade e chama a isso de sistema vicariante.

A verdadeira garantia de um sistema vicariante não se traduz simplesmente no impedimento de aplicação de pena e medida de segurança simultaneamente. Na verdade, a garantia se encontra em que a medida de segurança não seja indeterminada, mas limitada pelo máximo da pena em abstrato. Dessa forma, e não simplesmente prevendo a aplicação de uma ou outra consequência, se inviabiliza uma pena indeterminada disfarçada de medida de segurança.

As distinções clássicas entre pena e medida de segurança não são mais sustentáveis. Já não se pode sustentar que a culpabilidade ou os fundamentos da pena e da medida de segurança consistam em razões para sua separação, mas muito pelo contrário. Estes são, hoje em dia, fortes argumentos no sentido de sua aproximação.

1.1 A limitação da aplicação das consequências jurídicas do delito pela culpabilidade

O argumento de que ausência de culpabilidade, enquanto pretensão de

reprovação, separa taxativamente a pena e a medida de segurança é uma falácia.

Isso porque, ainda que a dimensão dogmática da pretensão de reprovação pessoal contida na fórmula dogmática que se convencionou chamar de culpabilidade promova o afastamento entre pena e medida de segurança, o mesmo não se pode dizer a respeito da culpabilidade como princípio.

É derivada diretamente do princípio de culpabilidade, por exemplo, a ideia de proporcionalidade, que é uma verdadeira conquista da humanidade e que não pode ser afastada de qualquer caso onde eventualmente a categoria dogmática da pretensão de reprovação se constate ausente.

Além disso, a ideia de pessoalidade, que exige, por exemplo, que a resposta penal seja moldada individualmente de modo adequado àquele que a recebe, também como fruto do princípio de culpabilidade, simplesmente não pode ser afastada dos casos de incidência da medida de segurança.

Uma medida de segurança desproporcional e desajustada ao seu destinatário não tem como justificar sua própria existência.

Desde que o princípio de culpabilidade desvinculou-se do livre-arbítrio, aproximando-se muito mais da dupla ideia de igualdade e proporcionalidade, não é possível sustentar que essa limitação não alcança também o inimputável. As medidas de segurança também exigem um limite, pois não se pode conceber que indivíduos completamente motiváveis recebam uma resposta penal (pena) limitada pela culpabilidade e aqueles que praticaram um fato idêntico, mas não puderam compreendê-lo, nem ser motiváveis pela norma, recebam uma resposta ilimitada, "até que cesse a periculosidade". Assim, essas últimas hipóteses encontram um conceito limitador justo na mesma culpabilidade referida à pena.

Não resiste a qualquer lógica obrigar aquele que não tem sequer condições pessoais de saber que cometeu um crime a permanecer sob o jugo do Estado por mais tempo do que aquele que realizou o crime plenamente consciente.

A ideia de periculosidade não se estabelece em uma proporção direta com a falta de consciência. Tanto o que não sabe o que faz quanto aquele que sabe podem ser perigosos ou inofensivos. Ninguém pode ser presumivelmente mais perigoso por

ter um nível inferior de percepção do entorno. No âmbito penal, o conceito de periculosidade se relaciona com o fato realizado e não com a dimensão subjetiva de seu agente. É, enfim, um conceito de periculosidade criminal e não periculosidade social.

A culpabilidade, portanto, tem aplicabilidade no âmbito da medida de segurança sob a forma de princípio limitador do Direito penal. Isso porque seria uma situação demasiado paradoxal ver o sistema jurídico penal responder limitadamente aos fatos delitivos realizados por pessoas que têm absoluta consciência de estar contrariando o ordenamento jurídico e responder ilimitadamente àqueles que não podem compreender ou reagir de acordo com essa compreensão.

Reconhece-se hoje que a culpabilidade limita também a aplicação da medida de segurança, e que esta não pode ser mais gravosa que a pena a que corresponderia o fato se o sujeito fosse imputável. Então, como uma balança que deve manter-se equilibrada, cujos pratos sustentam de um lado o fato delitivo cometido e de outro sua consequência penal, a culpabilidade serve de referência tanto à pena como à medida de segurança.

Definitivamente, o princípio de culpabilidade, como expressão mais elaborada, onde está contida a ideia de proporcionalidade, é mais adequado a servir de limite a todas as categorias de consequências jurídicas de práticas delitivas.

1.2 Os fundamentos da pena e da medida de segurança

A sustentação de que pena e medida de segurança têm distintos fundamentos não pode, tampouco, prosperar.

Tanto pena quanto medida de segurança são consequências jurídicas da prática de injusto punível e, nessa medida, seus fundamentos devem estar atrelados aos próprios objetivos do sistema de controle jurídico-penal, resguardada unicamente a diferença da pretensão de reprovação, ausente na medida de segurança.

Como já visto, o fundamento da pena e do Direito penal, no sistema aqui defendido, deve ser o mesmo,[5] em obediência a postulados de coerência. Ora, se a pretensão do Direito penal e da própria pena é o controle social do intolerável,

necessariamente, enquanto permaneça a medida de segurança vinculada ao sistema penal, deverá submeter-se à mesma regra.

Não é possível que a razão de ser justificadora da imputação seja diversa do fundamento da consequência de sua afirmação.

Desse modo, uma vez que se reconheça que a aplicação da medida de segurança depende – ainda que de modo incompleto, e justo por isso, com mais razão ainda – da confluência de determinadas subpretensões que compõem a pretensão geral de justiça, somente será justa a medida de segurança que se alinhe a esses objetivos gerais do sistema que lhe aplica.

Portanto, inegavelmente, a coincidência de fundamentos, enquanto razões de existir da pena e da medida de segurança – controle social do intolerável –, conduz obrigatoriamente a que os princípios regentes de ambas sejam comuns.[6]

Como consequência, cada vez mais a doutrina vem exigindo o reconhecimento dessa aproximação.[7]

2 DAS PENAS. UMA BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

Hoje convivemos primordialmente com penas restritivas de direitos e multas ao lado de penas privativas de liberdade, estas últimas reconhecidamente sendo questionadas em sua subsistência e merecedoras do ingresso em um processo de extinção. Foi longo o percurso anterior a essa realidade e uma breve explanação sobre o tema é reveladora de uma tendência progressiva de contração da resposta penal de modo inversamente proporcional à evolução da construção de garantias individuais aos seres humanos.

2.1 Os antecedentes da prisão

A origem da pena é tão antiga quanto a própria humanidade, porém, se sabe que a antiguidade desconheceu completamente a privação de liberdade como pena.[8]

Na época, se creditava os fenômenos da natureza a forças sobrenaturais que premiavam ou castigavam o ser humano de acordo com o seu comportamento. Disso

surgiram os ícones (totens), que simbolizavam os deuses e cujas regras de devoção (tabus),[9] quando desobedecidas, geravam penas, a fim de expiar a culpa do grupo junto ao ente supremo.[10] É importante perceber que essas sanções não eram, de modo algum, associadas à ideia de causalidade ou à consciência individual. Tratava-se da simples retribuição idealizada por uma psicologia coletiva.[11]

A reação primitiva penal é eminentemente coletiva não apenas no sentido do interesse que guarda – de evitar as desgraças advindas do descumprimento da vontade do deus –, mas na própria forma de execução que não incomumente se corporificava em lapidações exercidas coletivamente.[12]

A causalidade e a consciência ou não da quebra do tabu, pouco importa. A violação do tabu sempre exige a reparação através da expiação.

As primeiras penas – ainda sob o formato de vinganças de sangue – evoluíram para formas de castigo de cunho mais civil e menos religioso. Isso ocorreu quando as diversas tribos passaram a agrupar-se através de vínculos de sangue unidas a um território determinado.[13] Nesse período, o entendimento passou a ser de que deveria ser castigado individualmente o sujeito que cometesse uma infração contra a tribo ou um dos seus membros. Os castigos, porém, eram diferenciados, segundo se o sujeito pertencesse à própria tribo ou se pertencesse a tribos distintas. No primeiro caso, ele sofria a expulsão da comunidade, a chamada *perda da paz* ou *persecução*. Privado da proteção que lhe conferia o fato de pertencer à tribo, pode ser atacado ou agredido por qualquer dos seus membros. No segundo caso, estabelecia-se um verdadeiro combate contra o estrangeiro que, por vezes, envolvia toda a tribo contra a tribo a que pertencia o violador, em uma espécie de vingança coletiva, que só tinha fim quando a tribo atacada era dizimada.[14]

Pouco a pouco, a expulsão da comunidade, plasmada na *perda da* paz, foi sendo comutada sob a forma da pena de morte, as mutilações, os desterros e as primeiras penas pecuniárias.[15] Na Grécia e em Roma, predominavam a pena capital e aquelas ligadas a desterro, mutilações etc. A prisão era utilizada para a mantença do acusado custodiado enquanto aguardava julgamento, ou à espera da execução da pena. Assim, por exemplo, narra Platão que Sócrates permaneceu detido na ilha de Creta

aguardando seu julgamento. A pena, porém, foi a de morte. Ainda na Grécia clássica, surgiu entre os sofistas, como Protágoras, uma concepção pedagógica da pena.[16]

As organizações das cidades-Estado e dos Impérios, como formas de Estado próprias, conduziram ao desenvolvimento de um *poder do Estado*, que servia para graduar as penas segundo a dimensão de gravidade da lesão jurídica perpetrada, impedindo a atuação privada direta. Fortalece-se a ideia do Talião, ou seja, do *olho por olho, dente por dente*.

Até a Idade Média, as prisões do Estado eram destinadas principalmente aos inimigos políticos, possuindo duas modalidades fundamentais: a de prisão-custódia, onde permaneciam as pessoas aguardando a execução; e a de detenção temporária ou perpétua, figurando como exemplo a Torre de Londres e a Bastilha de Paris.[17]

A Igreja também possuía prisões eclesiásticas destinadas aos clérigos rebeldes, visando a penitência e a meditação. Daí que a expressão *sistema penitenciário* tem origem no direito canônico, porquanto se associava a pena com a ideia de penitência, de expiação do pecado.[18]

Até o final do século XVIII, porém, o encarceramento servia só para preservar o réu para o julgamento,[19] não obstante o período do *Renascimento* tenha ofertado obras clássicas como a *Utopia* de Thomas Morus,[20] que já procuravam demonstrar que não é a crueldade das penas que dissuade da prática ilícita. Essa ideia foi amplamente desenvolvida pelos enciclopedistas como Diderot, D'Alambert, Holbach e Helvetius que se rebelaram contra a crueldade das penas.[21]

Montesquieu, em *Do Espírito das Leis*,[22] sustenta que não é a magnitude das penas que determina a afetação do espírito do apenado.

Dois marcos poderosos, ainda no século XVIII, impulsionaram uma definitiva transformação no modelo de incriminação, deslocando o foco das penas corporais, especialmente de morte, para outra fórmula, mais branda.

O primeiro, em 1762, foi a condenação ao suplício da roda,[23] em Toulouse, de Joan Calas, um comerciante protestante, sob a acusação de matar seu filho que queria converter-se ao catolicismo. Dois anos depois da execução de Calas, Voltaire provou e obteve a declaração de sua inocência, provocando um enorme escândalo. Na

oportunidade, Voltaire publicou o seu famoso panfleto *Tratado sobre a Tolerância*,[24] no qual expressava revolta para com os Tribunais franceses, aos quais qualificava de homicidas.

O segundo foi o surgimento do célebre *Dei delitti i delle pene* de Cesare de Bonesana, o famoso Marquês de Beccaria. A obra, escrita enquanto Beccaria tinha apenas 25 anos, em 1764, era a condensação do espírito crítico da época e derivou de intensos debates travados entre o autor e um grupo de amigos – especialmente Pietro Verri, que alguns apontam como coautor do livro[25] – pregando essencialmente que não era o grau da violência, mas sim a certeza do castigo, o elemento capaz de dissuadir.[26]

Esses poderosos acontecimentos influenciaram definitivamente os monarcas da época, persuadindo-os a reformarem as legislações penais de seus povos, tal como ocorreu com Catalina II da Rússia, Pedro Leopoldo, da Toscana, e Joseph II da Áustria.[27]

Para as correntes criminológicas críticas, a prisão como pena está especialmente associada ao momento da revolução industrial e ao aparecimento do capitalismo.[28] Isso explicaria o aparecimento das primeiras prisões como forma de sanção em países onde a revolução industrial e a estrutura capitalista burguesa antes vicejaram, como a Holanda, Inglaterra, França e Estados Unidos da América.[29]

Segundo esse ponto de vista, existiu uma associação entre a origem da prisionização na Europa e as exigências do mercado de trabalho.

É que as terras, antes usadas em comum pelos criadores de ovelhas, foram cercadas e destinadas à propriedade privada (*enclosures of commons*), por volta dos séculos XV e XVI, e os efeitos da tecnologia no implante de novos métodos de plantio, combinados com a ascensão da burguesia, promoveram um forte êxodo rural.[30] Porém, a capacidade de absorção da mão de obra pelas fábricas era insuficiente e gerou-se uma massa de desocupados tentando sobreviver nas cidades.

A interpretação que se deu a esse evento, porém, não foi conjuntural, mas sim individual, como atitudes desviadas, merecedoras de repressão, e gerou a criação das casas destinadas aos vagabundos das cidades inglesas, os quais passaram a ser alojados no Castelo de Bridwell.[31]

Paralelamente, ainda no século XVII, aparecem as*Rasphuis*,[32] na Holanda, como modelos de aparatos punitivos capazes de moldar os indivíduos para o trabalho e, ao mesmo tempo, ocupar a massa de desempregados gerada.[33]

Esse modelo se disseminou na Europa continental, sob forma das *workhouses* ou *houses of correction*, que se destinaram, primeiramente, para os autores de delitos menores (*fellons*), para mais tarde abrigar os vagabundos e pobres, sob a forma de hospedagem obrigatória.[34]

O volume de produção desses institutos, porém, exigia altos custos com vigilância, o que levou ao desenvolvimento posterior dos modelos panópticos.[35]

2.2 A penitenciária moderna

A prisão padrão da modernidade, porém, acabou sendo desenvolvida nos Estados Unidos da América, especialmente segundo os modelos de Filadélfia e de Auburn, ainda que alguns precedentes sejam apontados pela doutrina nos chamados *hospícios* italianos, onde se adotava também um regime de isolamento celular diurno e noturno, como é o caso da prisão de Gand, fundada em 1775, e do Hospício de São Felipe Néri, em Florença, fundado por Filipe Franci em 1677, ou com isolamento noturno e trabalho diurno em comum, como no Hospício de São Miguel, em Roma, fundado em Roma em 1704.[36]

2.2.1 Os modelos de Filadélfia e Auburn

O Sistema de Filadélfia foi instituído por primeira vez como tal em 1790,[37] com a proposta da *Philadelphia Society for Allevianting The Miseries of Public Prisons*, no sentido da criação da prisão de Walnut Street.[38] A prisão deveria funcionar com o isolamento completo dos detentos dia e noite, em células individuais. Os presos permaneciam incomunicáveis, a não ser pelo contato com o pároco, e com a única leitura de Bíblia ou livros religiosos. O modelo era inspirado na concepção religiosa *Quacker*.[39] Julgava-se que pela solidão, o condenado podia alcançar o arrependimento. Evidentemente, não apresentou resultados satisfatórios quanto à redenção do delinquente. O trabalho carcerário nesse sistema era inviabilizado.[40]

Estudos de criminologia apontam no sentido de que a falência do modelo de Filadélfia deveu-se a que o isolamento celular não permitia o trabalho do preso e, mesmo com o emprego dos panópticos, os presídios tornaram-se demasiado onerosos economicamente.[41]

Em Nova York, por volta de 1816, surgiu então como alternativa o Sistema de Auburn, estabelecendo o isolamento noturno, com trabalho incomunicável entre os presos durante o dia (*silent system*), sob pena de castigos corporais.[42]

Apareceram aqui algumas fórmulas de trabalho explorado mutuamente pelo setor público e privado, como o *contract*, onde o Estado administrava a prisão e o capitalista organizava a produção e disciplinava o processo de trabalho, vendendo a produção, para que ambos partilhassem o lucro; o *leasing*, em que o capitalista explorava completamente o trabalho prisional e administrava o presídio em troca de um pagamento fixo para o Estado,[43] cuja exploração levou a abusos cometidos contra os presos que derivaram na extinção do modelo de privatização em 1925.[44]

2.2.2 O Sistema Progressivo ou Irlandês

Apareceu, em seguida, o sistema Irlandês ou Progressivo, derivado do Sistema progressivo inglês instaurado pelo capitão Alexander Maconochie, na ilha de Norfolk, Austrália.[45]

O *sistema de marcas* de Maconochie consistia em que por seu comportamento e rendimento nas atividades de trabalho, o detido ia acumulando pontos, ou marcas, que serviam para reduzir o tempo de pena. Dessa forma, lograva-se que sentença não fosse propriamente fixa, mas indeterminada, pois sujeita a mudanças derivadas da obtenção de mérito pelo condenado. Com isso se lograva um estímulo ao bom comportamento, como forma de abreviar a passagem pelo cárcere.[46]

Em 1857, Walter Crofton propôs a conciliação das regras dos demais sistemas de cumprimento de pena, com o seu progressivo abrandamento, iniciando o cumprimento no isolamento completo, passando para o isolamento noturno, seguindo o trabalho em penitenciária agrícola ou industrial, com comunicação diurna, e finalmente, com o livramento condicional, o recebimento do chamado *ticket of*

leave.[47]

Esse sistema, finalmente, alcançou os Estados Unidos da América na prisão de Elmira, a partir de 1870, a qual chegou a ser considerada, em sua época, uma prisão modelo, já que congregava um sistema progressivo com várias atividades sociais e culturais tendentes à socialização do criminoso.[48] Porém, mesmo nessa prisão, prevalecia um sistema de coerções e castigos corporais voltados à disciplina, contraditórios com a pretensão de abrandamento do sistema.[49]

2.3 Os sistemas prisionais no Brasil

No Brasil adotou-se uma das muitas variações do Sistema Irlandês.

Porém, nem sempre foi assim.

O legislador do Império ainda adotava os sistemas de Filadélfia e de Auburn, mesmo sem nenhuma menção expressa no próprio Código Penal.[50]

O fato é que o Código Criminal do Império de 1830 ainda mesclava a pena de prisão com outras, como a pena de morte, galés, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego, perda do emprego e até mesmo o açoite.[51]

A iniciativa de aprofundamento sobre um sistema definido, propriamente, coube a Eusébio de Queirós, Ministro da Justiça que, tendo que criar o regulamento para a Casa de Correção do Rio de Janeiro, após enviar emissário aos Estados Unidos para observação dos sistemas, optou pelo *pensilvânico*.[52]

Sucedido por Nabuco de Araújo, este resolveu experimentar os dois sistemas.[53]

O legislador da República misturou ao sistema de Filadélfia e de Auburn os elementos do sistema Irlandês para criar mais uma modalidade de sistema misto, chegando ao estabelecimento de livramento condicional para condenados cujo cumprimento de pena pendesse ainda de menos de dois anos, acolhendo recomendações da doutrina da época, especialmente de Pádua Fleury e Souza Bandeira e do próprio Batista Pereira, cujo projeto veio a converter--se no Código de 1890.[54]

Na época, somente o Estado de São Paulo possuía locais de segregação absoluta ou prisões industriais e agrícolas, e o sistema levou cerca de 50 anos para ser

implantado.[55]

O Código Penal atual adota um modelo progressivo, demonstrando interesse em atualizar-se com o que há de mais moderno mundialmente em termos de pena, estabelecendo o escalonamento de regimes (fechado, semiaberto e aberto), o livramento condicional, a progressão de regimes etc.

No entanto, a responsabilidade pela gestão do sistema prisional é do Poder Executivo. A tradição do Poder Executivo brasileiro é de absoluto descaso para com a situação prisional, o que é facilmente revelado pela absoluta falência vivida por nosso sistema penitenciário. A carência estrutural é de tal monta que já vem subvertendo a própria essência do sistema prisional adotado. Isso porque, conquanto o sistema seja formalmente progressivo, contando com uma gradativa passagem do regime fechado da prisão para o semiaberto, depois para o aberto e finalmente para o livramento condicional, conforme a passagem de tempo em cada um dos regimes e o mérito do condenado, cada vez mais a obediência a essa sequência vem sendo subvertida. Existe, na realidade prisional, uma pirâmide invertida de número de vagas em contraposição à pirâmide das condenações. Basta ver que o último levantamento geral do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, que é do ano de 2010,[56] apontava para 188.777 pessoas internadas em regime fechado, 69.249 em regime semiaberto e 21.921 em regime aberto. Não é preciso um esforço intelectual refinado para ver que essa pirâmide invertida contrasta veementemente com a realidade criminológica.

Enquanto o maior número de condenações se dá por crimes menos graves, cujo início de pena recomenda o regime aberto e semiaberto, o maior volume de vagas no sistema prisional é no regime fechado. Ademais, o regime progressivo compele, por sua lógica, a remeter os condenados em regime fechado para o semiaberto e os do regime semiaberto para o aberto. É mais do que óbvio que o número de vagas maior deveria estar no regime aberto, depois no semiaberto e somente um pequeno número de vagas deveria existir em regime fechado. Assim, há um gargalo que estrangula a passagem para o semiaberto, cujo estreitamento é ainda maior na passagem para o regime aberto. O volume de vagas nos estabelecimentos de regime aberto (casas do

albergado) é praticamente inexistente, enquanto que o volume de vagas em regime semiaberto (colônias penais agrícolas e industriais) é muitíssimo pequeno. Ao contrário, o volume de vagas em regime fechado é enorme e ainda existe superlotação.

Adquirindo o direito de passagem para o regime menos grave, em face de seu mérito e do cumprimento de parte da pena, o condenado postula sua progressão de regime e é absolutamente vedado ao juiz da execução manter o réu em regime mais grave do que ele tem direito simplesmente pela falta de vagas no sistema prisional.

Resulta que, inexistindo casa do albergado e vagas em colônias penais, ao judiciário não resta mais alternativas do que recomendar ao réu a prisão domiciliar, ou seja, a permanência em seu próprio domicílio, enquanto aguarda a existência de vagas. Na prática, de forma absolutamente irregular, o condenado salta do regime fechado para sua própria residência, sem passagem pelas etapas de progressão.

Evidentemente, não é possível sacrificar o direito fundamental à liberdade (ainda que parcial) do condenado, em função de um fracasso administrativo. O certo é, contudo, que existe uma completa subversão da dimensão jurídica do tema, gerada por uma calamitosa gestão do sistema prisional pelo Poder Executivo. De *lege ferenda*, seria apropriado pensar na gestão prisional e sua correspondente rubrica orçamentária serem transferidos constitucionalmente do Poder Executivo para o Poder Judiciário. Afinal, de que adianta o estudo técnico e as variáveis e condicionantes jurídicas para o estabelecimento de uma individualização da pena baseada na dialética do contraditório havido em juízo se na sua execução esta é entregue ao achatamento massificante do descaso do Poder Executivo?

2.4 Privatização de presídios e indústria do encarceramento

Desde um ponto de vista criminológico crítico é bastante simples evidenciar o absurdo da exploração privada dos presídios. Trata-se evidentemente da exploração direta da mais-valia pela organização de um trabalho semiescravo, em um verdadeiro processo de conversão da relação entre cárcere e fábrica para a fusão de ambas em uma simbiose.[57]

Porém, é sabido que os presídios abrigam cada vez mais uma população marginalizada, inclusive culturalmente, em um verdadeiro programa de prisionização da pobreza,[58] enquanto que a colocação de produtos no mercado tem exigido um grau elevado de sofisticação, em geral irrealizável no ambiente prisional. Com isso, o decréscimo do trabalho nas prisões é evidente, sendo substituído pela simples anulação espacial e comunicativa de sujeitos indesejados.

Um bom exemplo disso é a Prisão de Pelican Bay, na Califórnia, apontada por Bauman[59] como uma forma de "redução do outro a uma pura personificação da força punitiva da lei", já que a prisão isola completamente o condenado de tudo e de todos. Afirma Bauman, citando uma reportagem do *Los Angeles Times*, que afirma descrever entusiasticamente o instituto:

> "Inteiramente automatizada e planejada de modo que cada interno praticamente não tem qualquer contato direto com os guardas ou outros internos. A maior parte do tempo os internos ficam em celas sem janelas, feitas de sólidos blocos de concreto e aço inoxidável [...] Eles não trabalham em indústrias de prisão; não têm acesso a recreação; não se misturam com outros internos. Até os guardas são trancados em guaritas de controle envidraçadas, comunicando-se com os prisioneiros através de um sistema de alto-falantes e raramente ou nunca sendo vistos por eles. A única tarefa dos guardas é cuidar para que os prisioneiros fiquem trancados em suas celas – quer dizer, incomunicáveis, sem ver e sem ser vistos. Se não fosse pelo fato de que os prisioneiros ainda comem e defecam, as celas poderiam ser tidas como caixões."[60]

Nota-se, aqui, que o interesse se resume à neutralização e imobilização do detido. Sequer se pretende uma preparação para reinserção no sistema, em condição subordinada. Não há mais a fórmula do cárcere e fábrica, mas sim o abandono e eliminação de uma massa descartável que não será reinserida no mercado de trabalho.

Curiosamente, o interesse privado nos presídios permanece. Menos pela pretensão de exploração significativa do trabalho dos presos e muito mais pelo

controle direto sobre a exclusão dos não consumidores.

Assim, as notícias são de um incremento da população carcerária. Fala-se, por exemplo, que nos Estados Unidos da América, a população carcerária subiu de 500 mil presos em 1980, para mais de 1 milhão em 1990 e para 2,5 milhões de presos em 2000.[61] Fala-se que de 1950 a 1980, a população carcerária estadunidense cresceu cerca de 190%, e entre 1976 e 1986, 115%. Em 1995, a cifra era de 313 encarcerados para cada 100.000 habitantes.[62]

O índice de encarceramento também impressiona em termos relativos, posto que é “seis a doze vezes mais elevado que o dos membros da União Europeia, apesar de ter se situado em um patamar de um a quatro, há 30 anos”,[63] e o encarceramento privado subiu de 3.100 presos em 1987 para 276.000 em 2001.[64]

No Brasil, a questão de privatização foi em princípio excluída pela lei de execução penal, já que no art. 28 e seus parágrafos está prevista a sua coordenação por fundação e empresa pública,[65] porém, a abertura para a possibilidade apareceu com a previsão de convênios do poder público com a iniciativa privada com o advento da Lei nº 10.792/03, que acrescentou um § 2º ao art. 34 da Lei de Execuções penais.[66]

Juarez Cirino dos Santos noticia que no ano de 2008, 12 penitenciárias brasileiras estavam sob controle privado, 6 no Paraná, 3 no Ceará, 2 no Amazonas e 1 na Bahia.[67]

3 DAS MODALIDADES DE PENA EXISTENTES ATUALMENTE NO BRAS

Quanto aos instrumentos penais, a legislação brasileira, no art. 32 do Código Penal,[68] estabelece que são utilizadas as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

As penas privativas de liberdade são apenas punitivas, as penas restritivas de direitos são preferentemente substitutivas,[69] as penas de multa podem ser punitivas, substitutivas e até mesmo cumulativas.

3.1 Penas privativas de liberdade

Não há diferença ontológica entre as penas privativas de liberdade no Brasil.[70]

Remanesce, no entanto, a denominação de reclusão, detenção e prisão simples, levando a algumas tratativas diferenciadoras, como a possibilidade – restrita à reclusão – de iniciar o cumprimento de pena em regime fechado, a correlação – hoje insustentável – da reclusão com a medida de segurança de internamento; a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela daquele condenado a reclusão por crime contra o filho, tutelado ou curatelado; e a prioridade na ordem da execução, começando pelas penas de reclusão.

O Código fixa um mínimo e um máximo de pena cominada em abstrato para cada delito. Com tal sistema, o julgador tem a faculdade controlada de escolher a sanção mais adequada ao crime de acordo com as circunstâncias relativas à sua gravidade e às suas consequências.

Tais circunstâncias podem ser *judiciais* ou *legais*. As primeiras são mencionadas pelo art. 59 do Código Penal. As legais podem ser genéricas, previstas na parte geral do Código Penal (agravantes, atenuantes ou causas gerais de aumento ou diminuição de pena); ou especiais, constantes na parte especial do Código Penal (causas especiais de aumento ou diminuição de pena).

As circunstâncias também podem ser classificadas entre subjetivas ou objetivas, conforme se refiram ou à pessoa do agente ou ao fato criminoso.

Há parâmetros legislativos para balizar o trabalho judicial de fixação da pena em concreto.[71] Dentro desses parâmetros goza o juiz de certa liberdade que, no entanto, está submetida à observância de certos princípios fundamentais, expressos ou implícitos no ordenamento jurídico.

O primeiro é, sem dúvida, o princípio da igualdade. Assim, por exemplo, a condição de estrangeiro, preto ou branco, rico ou pobre, posição social etc., não devem influir na dosimetria ou na agravação da pena. Há princípios auxiliares da afirmação da igualdade, como o da coculpabilidade e o da proporcionalidade, que podem auxiliar o juiz na conformação de uma perspectiva de igualdade material.

O segundo princípio tem em vista o caráter retributivo da pena, impondo ao juiz a estrita observância do grau da culpa, de modo que cada um receba a punição de seu

crime, na medida de sua culpabilidade, não da culpabilidade de outrem. Entretanto, uma interpretação moderna filtra a questão pelo princípio de proporcionalidade, e não de afirmação de retribuição, coisa de um direito penal de vingança, incompatível com um estado social e democrático de direito.

Assim, a pena deverá ser a mínima necessária a promover fundamentadamente o controle social do intolerável. Isso não significa obrigar o julgador a iniciar a contagem da pena base do mínimo, como quer certo setor da doutrina.[72] O que se exige, isto sim, é a correta fundamentação e a justificação pela necessidade.

O terceiro princípio tem a ver com o caráter preventivo da pena. A doutrina tradicional procura justificar a questão dentro da ideia de prevenção especial, que se sabe perfeitamente ser uma meta falida.

A interpretação correta aqui também é minimalista, no sentido de ter ciência de que há um processo de dessocialização no cárcere, o que obriga a considerar a pena de prisão em seu caráter de exceção.

A aplicação da pena não é tarefa fácil, nem simples, e constitui a mais importante das fases da individualização da pena, garantia constitucional de todo cidadão, a reprimenda penal deve ser particularizada, adaptada ao condenado, conforme suas características pessoais e as do fato praticado. Aplicar a pena é dar, ao condenado, a pena justa, que deverá ser aquela suficiente e necessária para a reprovação e a prevenção do crime.

Não pode ficar ao arbítrio do juiz a aplicação da pena. Se ele tem a liberdade para determiná-la, tal liberdade, todavia, há de ser exercida com a estrita observância de um conjunto de regras claras, que presidem essa tarefa do julgador, todas elas vinculadas à devida e necessária fundamentação.[73] A motivação da sentença exerce função de defesa do cidadão contra o arbítrio do juiz. Se o juiz deixar de fundamentar a decisão, ela será nula, ainda que a carência de fundamentação seja apenas tópica. Portanto, cada etapa da fixação da pena deverá corresponder a uma devida fundamentação, pois do contrário poderá ser nulificada a decisão precisamente no que se refere a esse tópico em concreto.

3.2 Penas restritivas de direitos

Naturalmente, a pena de prisão é uma instituição falida. Se a prática de crime revela um defeito de sociabilidade, é difícil imaginar circunstâncias nas quais a segregação possa contribuir para recuperar tal defeito. A prisão falha como projeto, especialmente observada sob uma vertente preventiva. Muito ao contrário, sua tendência é dessocializante.

Daí a importância de potencializar o emprego das penas restritivas de direitos, bem como desenvolver novas modalidade, pois estas representam, sem dúvidas, o caminho do futuro para a sanção penal.

Além de ter um perfil aberto que permite um melhor ajuste à fonte criminológica do comportamento que deflagra a intervenção do controle social penal, a restrição de direitos é sempre menos interventiva e dessocializante que a privação de liberdade.

As penas restritivas de direitos são sanções autônomas. Não são acessórias, pois não dependem de outra pena. Essa autonomia já existe desde a reforma de 1984.

As penas restritivas de direito, embora sejam *primordialmente* substitutivas, nem *sempre* o são.

Há exceções, especialmente em legislações extraordinárias, onde há previsão cumulativa, como é o caso do Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que em seus arts. 302 e 303 prevê penas restritivas de direitos de perda ou suspensão de habilitação cumulativa com as penas privativas de liberdade.[74]

A ideia de que essas penas fossem sempre substitutivas era evitar o encarceramento do apenado, especialmente daquele apenado com sanção de curta duração.

No desenho inicial firmado pelo Código Penal de 1984, a ideia era, inclusive, de que fosse vedada a cumulação de penas restritivas de direitos, coisa que passou a ser admitida a partir do advento da Lei nº 9.714/98, que alterou a parte geral do Código Penal, trazendo essa previsão expressa no art. 44, § 2º.[75]

Essa mesma Lei nº 9.714/98 alterou e ampliou o quadro das penas restritivas de direitos, cujas modalidades são descritas no art. 43 do Código Penal.[76]

As penas restritivas de direitos, de caráter substitutivo, podem ser aplicadas na

sentença condenatória ou na fase de execução penal, como incidente da execução da pena.

Havendo concurso de crimes, é cabível a substituição desde que a pena final aplicada não exceda a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça. Isso significa que a regra de concurso de crimes deve ser aplicada antes das considerações a respeito da substituição.

O entendimento a respeito da exigência de ausência de violência ou grave ameaça à pessoa para a admissibilidade da suspensão é no sentido de permitir a substituição em casos de crimes de lesões corporais, constrangimento ilegal e de ameaça. Acontece que estes, embora contem com a situação de violência ou grave ameaça à pessoa, são considerados crimes de menor potencial ofensivo.[77]

A interpretação tem sido de que o legislador vedou a concessão somente em crimes complexos, onde um dos elementos fosse a violência ou a grave ameaça.

3.2.1 Requisitos (art. 44 do Código Penal)

Para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, exigem-se os seguintes requisitos: (a) pena não superior a quatro anos (para crime doloso) ou qualquer pena para crime imprudente; (b) crime complexo não cometido com violência ou ameaça à pessoa; (c) o autor deve ser não reincidente e crime doloso; (d) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, devem indicar que a substituição é suficiente aos fins da pena.

3.2.2 Modalidades

Há penas restritivas de direitos não só no Código Penal, mas também em leis especiais, como por exemplo, o caso das suspensões de habilitação para conduzir veículos no Código de Trânsito. Porém, aqui serão tratadas apenas as modalidades de penas restritivas de direitos do Código Penal.

A *prestação pecuniária* (art. 45, § 1º) tem origem na composição do Direito germânico, assim como todas as demais penas pecuniárias, ainda que esta tenha

caráter compensatório. É difícil identificar nela um caráter restritivo de direitos, dado que se trata de imposição econômica.

Visa impor ao agente, como penalidade, o ressarcimento à vítima ou seus dependentes. Traz de forma marcante para o bojo do direito penal o interesse da vítima ou seus dependentes, satisfazendo-os.

Diante das modernas tendências de valorização do papel da vítima no processo criminal, por influência da vitimologia, ganha corpo a ideia de que a reparação do dano não deve ser vista como preocupação só da pessoa lesada, mas de toda a sociedade.

Há crimes sem vítima, assim, também se permite obrigação de pagamento a entidades públicas ou privadas, com destinação social, de quantia em dinheiro, especialmente para esses casos.

Os valores são limitados: o mínimo equivale a um salário mínimo e o máximo não pode superar 360 salários mínimos. É dedutível do montante de eventual condenação em ação de reparação de danos no Juízo Cível, desde que haja coincidência dos beneficiários.

Admite-se seja estabelecida a prestação de outra natureza – assim podendo ser entendida a entrega de coisa, a execução de atividade etc. – desde que aceita pelo beneficiário. Aqui reside um problema claro, pois se trata de uma pena indeterminada, com clara violação do princípio de legalidade em sua vertente da reserva legal, uma vez que não se explicita, afinal, *qual é a pena*!

Como é possível que o réu possa ser surpreendido por uma pena indeterminada, cuja natureza ele desconhece e que, ademais, para o cúmulo, é estabelecida, em sua natureza, pelo juiz, em acordo com o beneficiário dela, sem qualquer participação do réu.

Realmente aqui aparece uma flagrante violação do princípio de legalidade em sua vertente de *lex certa*.

A segunda modalidade é a chamada *perda de bens e valores* (art. 45, § 3º).

Aqui também parece difícil identificar uma pena *restritiva de direitos*, conquanto sua dimensão é claramente pecuniária, cuidando-se de confisco disfarçado,

postura altamente criticada pela doutrina.[78]

Ademais, já constitui efeito da condenação criminal, conforme estabelecido no art. 91, inciso II, do Código Penal. Aqui a perda dos bens e valores não é efeito secundário da condenação, mas é a condenação em si mesma. A ideia é retirar-se do agente o benefício que auferiu com o crime, privá-lo da vantagem desestimulando a reiteração. Com isso o resultado pretendido é a constatação de que a atividade criminosa não ocasiona lucro, além de enfraquecer o poder econômico.

Há limites máximos para a prestação pecuniária, determinado sempre pelo que for maior: o prejuízo causado ou o lucro obtido com o crime.

Os valores auferidos com a pena de perda de bens e valores devem ser recolhidos ao Fundo Penitenciário Nacional.

Parte da doutrina sustenta ainda que a perda de bens e valores fere o princípio da pessoalidade da pena, porquanto aflige a família do apenado.[79] Não parece ser essa uma interpretação correta, afinal, qual pena não aflige? A própria privação de liberdade afasta a pessoa de seus familiares, que sofrem com isso, e que sofrem também uma perda econômica, derivada da ausência de contribuição do apenado com as questões familiares. Uma pena de multa provoca o mesmo efeito. Enfim, todas as penas provocam efeitos, maiores ou menores, mais além do próprio apenado.

A conclusão a que se chega é de que as penas alternativas que se referem a prestações financeiras, na verdade, são penas pecuniárias, e deveriam ser alternativas à multa.[80]

A terceira modalidade de pena prevista para figurar entre as restritivas de direitos era o *recolhimento domiciliar*, porém ele aparece vetado. Deu-se o veto presidencial motivado pelo argumento de não possuir o *mínimo de força punitiva.*

No entanto, a jurisprudência já o admite para os casos de ausência de vaga no regime para o qual se progride.

A *prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas* (art. 46 do CP) é uma pena restritiva de direitos de grande alcance sociológico e de um perfil que, em certa medida, recompõe a desestabilização social gerada pelo conflito. Entretanto, sua aplicação é limitada, já que somente é passível de substituição de pena privativa de

liberdade superior a seis meses.

A prestação se realiza em *entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais* (art. 46, § 2º, do CP).

O conteúdo material da sanção é a atribuição de tarefas ao condenado, sem remuneração (art. 46, § 1º, do CP). Tais tarefas devem ser adequadas à aptidão do condenado e são desenvolvidas à razão de uma hora de trabalho por dia de condenação, sem prejudicar jornada laboral normal. O § 4º do art. 46 do Código Penal admite, excepcionalmente, no caso de substituição de pena superior a um ano e inferior a quatro, um prazo de cumprimento da prestação de serviços à comunidade diferente daquele previsto para a privação de liberdade, de modo a ser admissível a prestação de serviços de mais de oito horas semanais. Há, porém, o limite de metade da pena privativa de liberdade aplicada.

A *interdição temporária de direitos* (art. 47 do Código Penal) configura autêntica pena restritiva de direitos. Em geral, estará relacionada à própria origem criminológica do fato. Por exemplo, a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que depende de habilitação especial, licença ou autorização do poder público, cuja aplicação é condicionada a que o crime praticado tenha relação com a atividade suspensa (art. 56 do Código Penal).

A modalidade de *proibição de frequentar determinados lugares*, do mesmo modo que a *prestação de outra natureza*, é uma pena indeterminada e, portanto, aflitiva do princípio de legalidade, na vertente da reserva legal, pois não se sabe exatamente a que lugares se refere a vedação. Essa é uma providência que aparece no âmbito também dos substitutivos penais, de modo igualmente indeterminado. Na *praxis* forense, o que ocorre é que os juízes vedam a frequência a bares, prostíbulos e similares, em uma interessante presunção criminógena contra tais lugares, o que não deixa de ser influência de metarregras.

A última forma de pena restritiva de direitos aprovada na parte geral do Código Penal é a *limitação de fim de semana* (art. 48 do CP), que consiste na obrigação de permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado

ou em estabelecimento adequado. Contudo, as casas de albergado praticamente não existem no Brasil, o que torna praticamente inviável a aplicação dessa pena. A ideia, porém, seria o cumprimento da pena em dias normalmente dedicados ao descanso, sem prejudicar as atividades laborais do condenado, bem como sua relação sociofamiliar. No período de recolhimento, deveriam ser ministrados aos condenados cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Apenas como curiosidade, vale referir que a advertência ou frequência a curso foi também incluída no projeto que deu origem à Lei nº 9.714/98, que deu origem à atual redação do art. 43 do Código Penal, tendo sido vetado, na oportunidade, sob o argumento de que esse substitutivo da prisão só teria cabimento relativamente a indivíduos de boa índole. Isso porque, se o réu fosse suscetível a influências moralizadoras, bastaria, para ele, o processo que lhe foi movido; se não o fosse, de nada valeria a exortação do Magistrado. Curiosamente, se estabelece hoje o mesmo dispositivo então vedado na lei de drogas (art. 28, incisos I e III, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006).

Ademais, a advertência já tinha precedentes no Brasil, na área referente à Infância e Juventude. Além disso, a frequência a cursos revelava a preocupação de se empregar um sentido educativo em substituição à privação de liberdade.

3.3 Penas de multa

Ao lado da privação de liberdade e da restrição de direitos, o Código Penal brasileiro também prevê a aplicação da pena de multa.

Seu uso há de ser incentivado, obviamente, em virtude de seu escasso efeito dessocializante. Entretanto, sabidamente, o pleno emprego da multa como instrumento punitivo penal encontra-se, em boa medida, condicionado pela pré-existência de uma sociedade cuja distribuição de renda tenda à equanimidade. Tanto é assim que em lugares onde existe uma certa uniformidade de padrão econômico, ela responde por uma ampla porcentagem da aplicação das penas.[81]

O mesmo não se dá, obviamente, em sociedades como a brasileira, ainda que o recente avanço econômico acenda a esperança de que gradativamente a pena de multa

possa ir ocupando lugares antes destinados a outras sanções mais graves.

3.3.1 Origem

A multa, de larga aplicação na antiguidade, ressurgiu na alta Idade Média e depois foi gradualmente sendo substituída pelo severo sistema de penas corporais e capitais, as quais cederam terreno, por volta do século XVII, às penas privativas de liberdade.

Como a quase totalidade dos institutos jurídicos, a pena pecuniária remonta à mais distante antiguidade.

Aníbal Bruno[82] referia ter sido a multa empregada até mesmo pelo sistema penal romano, tanto como medida de polícia como propriamente penal, indo do confisco até a multa propriamente dita.

No direito germânico, era pena de ampla aplicação, consistindo em uma fórmula de resgate do crime cometido, sendo especialmente dirigida à vítima, associada a uma ideia de confisco.[83]

Refere René Dotti[84] que antes mesmo da formação de Portugal, as penas pecuniárias já grassavam na península ibérica sob a forma de *colúmbia*, aplicada ao homicídio, ao estupro, ao rapto e ao roubo; a *coima*, aplicada na hipótese de pequenos furtos, e a *achada*, aos que deixassem animais invadirem a lavoura alheia.

Não era a pena pecuniária de hoje, cuja essência constituiu-se em um pagamento em favor do Estado, despida de qualquer ideia de indenização.

A crítica então lançada para a superação da pena de multa era essencialmente o fato de que seus efeitos transcendem a pessoa do condenado, alcançando sua família.[85]

Isso é francamente um equívoco, porque a família do condenado é atingida, qualquer que seja a pena que lhe foi imposta. Sempre haverá um efeito transcendente à pessoa do condenado. Isso é inevitável e inerente à própria pena.

Por outro lado, também se lhe criticou a questão da proporcionalidade, uma vez que castiga de modo igual pobres e ricos.[86]

Esse também é um falso problema, pois basta que se estabeleçam critérios de proporcionalidade entre as condições econômicas do réu e a intensidade da multa, por

exemplo.

Imputou-se ainda às penas pecuniárias a sua baixa eficácia intimidativa.[87]

No entanto, é sabido pelas críticas à teoria da prevenção geral negativa que não é a gravidade da pena que dissuade.

A vantagem imensa das sanções pecuniárias consiste, evidentemente, no afastamento do processo de dessocialização promovido pelo cárcere.

3.3.2 Tipos de penas pecuniárias

As penas pecuniárias em geral podem ser de confisco, de multa reparatória ou multa comum.

O confisco foi proscrito das legislações modernas, também sob o argumento de ultrapassagem da pessoalidade da pena.[88] Contudo, há quem sustente que em nosso sistema foi restaurado pela Constituição da República de 1988, sob a denominação de "perda de bens" (art. 5º, inciso XLVI, alínea *b*).[89]

A multa reparatória ou indenizatória também foi abolida da nossa legislação como forma de multa e reintroduzida como restritiva de direitos de prestação pecuniária.

A pena de multa simples ou comum é a que está prevista no Código Penal brasileiro a partir do art. 49.

3.3.3 Características da pena de multa

Duas são as características tradicionais da pena de multa em todos os países: a possibilidade de sua conversão em pena de prisão caso não seja paga e o seu caráter personalíssimo, ou seja, a impossibilidade de ser transferida para os herdeiros ou sucessores do apenado.

No Brasil, a Lei nº 9.268/96 impediu a conversão em pena de prisão por falta de pagamento, afastando uma das características gerais da pena de multa. A providência, porém, resulta positiva, já que a fórmula estabelecia o emprego da coerção derivada da ameaça de privação de liberdade, como instrumento de pressão para auferir valores para os cofres públicos.

A multa é pena substitutiva (art. 58, parágrafo único, do CP) ou cumulativa.

É possível substituir por multa a pena restritiva de liberdade que não ultrapasse um ano. Essa interpretação deriva da Lei nº 9.714/98, que deu nova redação ao art. 44, § 2º, do Código Penal, prevendo expressamente a hipótese, e revogou tacitamente o disposto no art. 60, § 2º, do Código Penal, embora, por não tê-lo feito expressamente, remanesce sendo publicado oficialmente o dispositivo.

3.3.4 O sistema dos dias-multa

A multa é cominada através do sistema dos dias-multa, tido e havido, equivocadamente, como um sistema nórdico, atribuído frequentemente a C. W. Thyren, com seu projeto de 1916. Ocorre que, quase um século antes, o Código Penal do Império, em 1830, criou o aludido dia-multa, regulando-o em seu art. 55,[90] cuja aplicação, porém, era apenas subsidiária, às previsões expressamente quantificadas.

A Reforma Penal de 1984, ao adotar o dia-multa, ajustou seu valor não só à gravidade do delito, mas, especialmente, à situação econômica do réu, retomando o modelo do Código Penal do Império.

Segundo o sistema do dia-multa, o valor de um dia-multa deverá corresponder à renda média que o autor aufere em um dia, considerando-se sua situação econômica e patrimonial. O número de dias-multa será proporcional ao crime.

Assim, o primeiro passo é calcular o número de dias-multa ente os limites, mínimo de 10 e máximo de 360 dias-multa, de acordo com a gravidade do delito. O segundo passo é calcular o valor do dia multa entre o valor mínimo de um dia-multa, que é de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época do crime, e o valor máximo, que é de cinco vezes esse salário. Caso o processo não disponha de dados sobre os rendimentos do réu, aplica-se como referência o salário mínimo. Como terceiro passo, facultativo, se prevê ainda que se o juiz verificar que a pena de multa, utilizado o seu grau máximo, será insignificante para o réu, poderá elevá-la até o triplo, conforme previsto no art. 60, § 1º, do Código Penal. Com isso, a multa pode alcançar do piso de um terço de um salário mínimo até o teto de 5.400 salários mínimos.

O ponto negativo do sistema é que seu balizamento não evita a disparidade entre ricos e pobres para enfrentá-lo. A afirmação, também em tom crítico, de que ela ultrapassa a pessoa do condenado, ferindo o princípio da pessoalidade, não procede, já que o mero caráter pecuniário não tem esse condão. Todas as penas afetam igualmente a família do condenado. Do mesmo modo, ainda que a reforma de 1998 tenha concedido à multa o caráter de dívida de valor para com o Estado, isso não torna admissível a sucessão hereditária da dívida, por força da preservação do seu caráter penal.

3.3.5 A execução da pena de multa

A multa aplicada aos casos concretos de condenação penal, segundo a parte geral do Código Penal de 1984, regula-se pelos arts. 50 e 51.

Em sua fórmula original, da Lei 7.209/84, previa-se como regra geral o prazo de 10 dias para o pagamento, podendo ser descontada do salário do condenado, desde que não inviabilizasse os recursos indispensáveis ao sustento do condenado. Facultava-se que o réu requeresse ao juiz o parcelamento mensal do pagamento.

O art. 51, no entanto, previa a conversão da multa em detenção quando o condenado solvente deixava de efetuar o seu pagamento, à razão de um dia de detenção por cada dia-multa.

Esta fórmula, no entanto, foi superada pela Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, que promoveu alteração específica do art. 51, que passou a estabelecer que *transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*.

Esta regra visava afastar a possibilidade de que o inadimplemento pudesse gerar prisão o que é providência sábia, na medida em que evidentemente, uma regra como esta encontra-se em descompasso com o princípio de igualdade. É mais do que evidente que se penalizava de modo diferencial os mais pobres, privilegiando as pessoas mais abastadas. A conversão da multa em dívida de valor, fez com que o

Estado passasse a ser o responsável pela persecução do crédito, fazendo-se inserir tal pretensão pecuniária nos mesmos moldes dos demais haveres do Estado, nas regras da dívida ativa da fazenda pública. Fazia-se, expressamente menção às regras de prescrição – neste caso a prescrição da pretensão executória – alinhando-as à prescrição dos créditos tributários.

Suscitava-se, então, uma importante questão acerca da titularidade da execução e da própria competência para a execução da pena de multa, eis que, sua conversão dela em dívida de valor levantava automaticamente a questão sobre se o Ministério Público ou a Procuradoria da Fazenda Pública seriam competentes para a execução bem assim, sobre se tal execução deveria prosseguir na Vara Criminal ou devia deslocar-se para as varas da Fazenda Pública. O tema atingiu as Cortes Superiores e culminou na edição do enunciado sumular número 521 do Superior Tribunal de Justiça vazado nos seguintes termos: *Súmula 521 - STJ: A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.*

A decisão afetou a titularidade para a execução, passando-a para a Procuradoria da Fazenda e, ainda, instituiu, subliminarmente, uma regra de competência, sendo que o procedimento da execução da multa passava a ser manejado não exclusivamente nas Varas de Execuções Penais, senão que, em comarcas onde existisse vara especializada em Fazenda Pública, para lá se deslocaria a competência.

A polêmica estava resolvida, portanto, em favor da desnaturalização, na execução penal, da pena de multa como sanção penal, sendo ela convertida em dívida de valor. A pena de multa deve ser executada pela Fazenda Pública por meio de execução fiscal que deve tramitar na Vara de Execuções Fiscais ou, em não havendo, na Vara de Execuções Penais.

Desta forma, o entendimento era que o Ministério Publico não poderia executar a pena de multa, competindo tal execução à Fazenda Pública (União ou Estado-membro), conforme a condenação proviesse da Justiça Federal ou da Justiça Comum mas, de toda sorte, tendo como exequente a Procuradoria Jurídica da Fazenda Pública.

Mas a polêmica não cessou, porque o Supremo Tribunal Federal, avocando a matéria, tratou de voltar a alterar o entendimento acerca da titularidade da execução, na ADI 3.150/ DF e na Ação Penal 470/MG, onde decidiu-se pela titularidade do Ministério Público para proceder à execução, no entanto, ao contrário da dinâmica excludente do entendimento prévio, sustentou a possibilidade de legitimidade subsidiária e superveniente da Fazenda Pública para proceder a execução. Como bem esclarece Renee do Ó Souza, “o Pretório Excelso conferiu legitimidade prioritária ao Ministério Público na vara de execução penal, aplicando-se o regramento da Lei de Execução Penal. Somente no caso de o órgão ministerial se quedar inerte por mais de 90 (noventa) dias é que se contemplaria a legitimidade subsidiária e superveniente da Fazenda Pública, que, por seu turno, atuaria na vara de execuções fiscais”[91].

A polêmica cessou pelo advento da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, que alterou novamente o art. 51 (*Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa* será executada perante o juiz da execução penal *e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*), impondo nova redação que determina, de modo cogente, a competência da Vara de Execuções penais e, por via de consequência, estabelece a titularidade do Ministério Público para proceder à sua execução. O enunciado Sumular do 521 do STJ resta, portanto revogada.

O rito executório, portanto, com as atuais regras consiste inicialmente em determinação de ofício do juízo da condenação, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, para expedição de intimação do condenado para efetuar o pagamento no prazo de 10 dias. Caso isso não ocorra, os autos devem ser encaminhados para o juízo da execução, abrindo-se vistas ao Ministério Público, para que proceda à execução no prazo de 90 dias, nos termos do art. 164 da Lei 7.210/84. Somente se isso não ocorrer, subsidiariamente, com deslocamento de competência para a Vara da Fazenda Pública, competirá ao órgão fazendário, proceder à execução. Não obstante isso, as normas relativas à Fazenda Pública seguem regulando o procedimento executório.

1 Trata-se do Capítulo 17.

2 A exceção é a hipótese de semi-imputabilidade que, pela conjugação do disposto arts. 26, parágrafo único, e art. 98, ambos do Código Penal, pode conduzir a uma ou outra hipótese. A semi-imputabilidade, sabidamente, é uma criação absolutamente ficcional. Veja-se, a respeito, o Capítulo 10 deste livro.

3 Nesse sentido, por exemplo: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal* – cu completo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 214; JESUS, Damásio Evangelista *Direito Penal, Parte Geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1, p. 548; e MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral.* 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1, p. 361.

4 Assim, por exemplo, a lição de Fragoso: "Desfaz-se, assim, o esquema jurídico d duplo binário, que é mera ficção com que se comprazem os juristas. Esse esquema, por seu artificialismo, não funcionou em parte alguma, estando hoje em completo descrédito. A falência do sistema se deve ao fato de nunca ter sido possível distinguir, na execução, a pena privativa da liberdade, da custódia de segurança. Deve-se também à precariedade do juízo de periculosidade, bem como a inexistência de estabelecimentos e de pessoal técnico. Leis modernas, que mantêm o sistema, aproximam a medida de segurança da pena, adotando o critério vicariante, o princípio da reserva legal para as medidas e a regra de proporcionalidade. Como nota Jescheck, o problema se deslocou, na atualidade, da disputa teórica sobre o caráter das sanções, para a necessidade de proteger os delinquentes habituais e reincidentes contra o arbítrio estatal e os excessos judiciais". FRAGOSO, Heleno Cláudio *Lições de Direito penal. Parte geral.* 15. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense 1995. p. 388. No mesmo sentido, atualmente: BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado de Direito Penal. Parte Geral.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 737 e 743.

5 Ver Capítulo 11.

6 Fragoso, ainda que não pelos mesmos argumentos que aqui foram expostos, sempr defendeu que "pena e medida de segurança têm o mesmo fundamento. Ambas servem à proteção de bens jurídicos e se destinam a prevenir a prática de crimes. Na execução, ambas tendem à reintrodução do agente na sociedade, sem que venha a cometer outros crimes". FRAGOSO, Heleno Cláudio *Lições de*

Direito penal. Parte geral. 15. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 387. Referindo também a uma coincidência de fundamento ancorada em outra base, DIAS, Jorge de Figueiredo.*Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 154; e QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fern PRATS CANUT, Miguel.*Manual de Derecho Penal. Parte general.* Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 557.

7 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. Hacia una construcción latinoameric de la culpabilidad, plenario de 3.9.1999 do XI Congreso Latinoamericano e II Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología. Montevideo: 1999. p. 59 NAUCKE, Wolfgang.*Derecho Penal. Una Introducción.* Trad. de Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 126-130.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral.* 13. ed. S Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 439.

9 Segundo Jiménez de Asúa, a palavra tem origem na expressão *tapú*, que para os maoris, significa uma proibição, uma advertência imperativa com o sentido de "*não farás*". Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.*Tratado de Derecho penal.* 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. t. I, p. 241.

10 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 439.

11 Nesse sentido: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.*Tratado de Derecho penal.* 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. t. I, p. 240.

12 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado*... cit., p. 241.

13 Sobre esse processo de formação da cidade, veja-se: COULANGES, Foustel de. *cidade antiga.* Trad. de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000, especialmente p. 123-126. Entre os penalistas, há comentário similar em Luis Jiménez De Asúa. *Tratado*... cit., p. 242.

14 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado*... cit., p. 242.

15 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado*... cit., p. 244.

16 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 440.

17 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 441-442.

[18] BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 20(p. 153.

[19] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral...* cit., 13 ed., v. 1, p. 440.

[20] MORUS, Thomas.*Utopia.* Trad. de Luís de Andrade. 21. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992. p. 121-122.

[21] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado...* cit., p. 250.

[22] MONTESQUIEU, Charles. *O Espírito das Leis.* Trad. de Jean Melville. São Paul Martin Claret, 2007. p. 96-98.

[23] O suplício da Roda era um espetáculo público de morte verdadeiramente horripilante. A vítima, nua, era esticada de barriga para cima sobre uma roda, com os membros estendidos ao máximo e atados a estacas ou anilhas de ferro. Por baixo dos pulsos, cotovelos, joelhos e quadris, colocavam-se atravessados suportes de madeira. O verdugo aplicava violentos e precisos golpes com uma barra, visando destruir as articulações e partir os ossos, sem, contudo, matar a vítima. Depois da quebra das articulações, os carrascos desatavam o condenado e entrelaçavam-lhe os membros com os raios da grande roda, deixando-o ali até que sobreviesse a morte, ao cabo de algumas horas, ou até dias, enquanto as aves de rapina arrancavam pedaços de carne e vazavam os olhos do condenado. Essa era a mais atroz e longa agonia prevista dentre todos os procedimentos de execução judicial.

[24] Trata-se de François Marie Arouet Voltaire. *Tratado sobre a tolerância.* Trad. d William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2008.

[25] Veja-se, a respeito: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado...* cit., p. 253.

[26] BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana). *Dos delitos e das penas.* Trad. (J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 87- 89.

[27] Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado...* cit., p. 257.

[28] Veja-se, por exemplo: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábri* Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, especialmente p. 33 ss; (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social.* 2. ed. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 43 ss. Para amplos

detalhes históricos quanto ao *adestramento* das pessoas para o modo de exploração, veja-se Michel Foucault. *Vigiar e Punir.* Trad. de Raquel Ramalhete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, especialmente p. 143 ss.

29 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral.* 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008, p. 503.

30 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*... cit., p. 36.

31 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*... cit., p. 36.

32 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*... cit., p. 37 ss.

33 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*... cit., p. 39.

34 Cf. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*... cit., p. 184.

35 O Panóptico era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio co uma torre no centro dividida em pequenas celas individuais que davam tanto para o interior quanto para o exterior, permitindo a vigilância individual de cada uma das celas por quem estivesse no anel. Na torre poderia haver apenas um vigilante. Como cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, o olhar do vigilante podia atravessar toda a cela, não havendo nenhum ponto de sombra e, ao contrário, o vigilante observava através de persianas ou postigos de modo que ninguém pudesse ver o vigia. O panoptismo corresponde à observação total sem permitir que se saiba em que momento se está sendo vigiado. Para detalhes, veja-se: BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. 2. ed. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

36 A informação é de BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 1962. t. III, p. 68 e p. 69, nota 13.

37 Roberto Lyra aponta, em discordância quanto à data, que o sistema teria sido uma iniciativa do comerciante de Filadélfia Ricardo Winstor, que teria sido levada a efeito em 1775, na Pensilvânia. Cf. LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. II, p. 93.

38 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*... cit., p. 187.

39 Cf. LYRA, Roberto. *Comentários*... cit., p. 93. "Os Quackers foram o grupo mais liberal derivado da reforma religiosa inglesa que migraram para os Estados Unidos. Tratar-se por *tu* sem nenhum título, sendo cada homem sacerdote de si mesmo é um dos princípios fundamentais deste grupo." Veja-se em: KARNAL Leandro; PURDY, Sean; FERNANDES, Luiz Estevam; MORAIS, Marc

Vinícius de. *História dos Estados Unidos*. São Paulo: Contexto, 2007. p. 53.

40 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*... cit., p. 188; e tamb BRUNO, Aníbal.*Direito penal*... cit., p. 69. Em sentido contrário, sustentando ter havido trabalho nos presídios dotados do sistema de Filadélfia: SANTOS Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 507.

41 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*... cit., p. 189-190.

42 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*... cit., p. 190-191.

43 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 508-509.

44 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 509.

45 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*... cit., p. 70.

46 O detalhamento do funcionamento do sistema de marcas está em Aníbal Bruno. *Direito penal*... cit., p. 70.

47 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*... cit., p. 71; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direi Penal Brasileiro. Parte Geral.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 452.

48 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*... cit., p. 71.

49 Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*... cit., p. 71-72.

50 Cf. LYRA, Roberto. *Comentários*... cit., p. 110.

51 Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena. Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

52 LYRA, Roberto. *Comentários*... cit., p. 110.

53 LYRA, Roberto. *Comentários*... cit., p. 110.

54 O comentário é de Roberto Lyra. *Comentários*... cit., p. 111.

55 Cf. LYRA, Roberto. *Comentários*... cit., p. 112-113.

56 Pode-se verificar por internet tais números atualizados em <http://portal.mj.gov.br/>.

57 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 512-513.

58 WACQUANT, Löic. A ascensão do Estado penal nos EUA. *Discursos Sediciosos* nº 11, ano 7. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 15.

59 BAUMAN, Zygmunt.*Globalização*. Trad. de Marcus Penschel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 116.

60 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*... cit., p. 116.

61 WACQUANT, Löic. A ascensão do Estado penal nos EUA... cit., p. 16.

62 Dados constante em Laurindo Dias Minhoto.*Privatização de presídios e criminalidade*: a gestão da violência o capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 50 ss.

63 WACQUANT, Löic. A ascensão do Estado penal nos EUA... cit., p. 18.

64 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 512.

65 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 513.

66 Juarez Cirino dos Santos noticia, porém, a implantação ilegal da Penitenciária Industrial de Guarapuava em 12 de novembro de 1999, onde 240 presos foram submetidos à exploração de sua força de trabalho e direção e fiscalização interna pela iniciativa privada, restando para o setor público apenas a direção e a fiscalização da segurança. SANTOS, Juarez Cirino dos.*Direito penal*... cit., p. 513-514.

67 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 514.

68 Art. 32. As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – multa.

69 Há raríssimas exceções, sendo uma delas a cumulação de penas restritivas de direitos de perda ou suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor com as privativas de liberdade nos crimes previstos pela Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997.

70 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto.*Tratado de Direito penal. Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 516.

71 A fórmula de individualização da pena é abordada nesta obra em capítulo à parte: Capítulo 18.

72 Por exemplo: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 568.

73 A determinação é constitucional, segundo prescreve o art. 93, IX, da Constituição República: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a

lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

74 Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

75 Art. 44 [...] § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode se feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

76 Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I – prestação pecuniária; II – perda c bens e valores; III – (VETADO) IV – prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana.

77 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 16 ed., v. 1, p. 559.

78 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto*Novas Penas Alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 123 ss.

79 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*... cit., p. 127.

80 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*... cit., p. 116.

81 Fragoso já noticiava, nos anos 70, que a então Alemanha Ocidental tinha logrado chegar a uma situação em que a pena de multa era a mais frequentemente imposta pelos juízos penais (Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Alternativas da pen privativa de liberdade. *Revista de Direito Penal*, nº 29. Rio de Janeiro: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, jan./jun. 1981, p. 9, citando como suas fontes o documento de trabalho redigido pelo Secretário Geral sobre a implementação das conclusões do V Congresso, celebrado em Genebra, em 1975, titulado *The implementation of the conclusions of the Fifth UM Congress on the Prevention of Crime and Treatment of offenders*, bem como a obra de

Gunther Kaiser. The development of methods and measures of the penal law. *Revue Internationale de Droit Pénal*, nºs 1/2, 1974. p 43).

82 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*... cit., p. 73.

83 Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*... cit., p. 73-74.

84 DOTTI, René. *Bases e alternativas para o sistema de penas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 383.

85 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*... cit., p. 74.

86 DOTTI, René. *Bases e alternativas*... cit., p. 384.

87 DOTTI, René. *Bases e alternativas*... cit., p. 384.

88 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*... cit., p. 124.

89 Nesse sentido, como já visto: BITENCOURT, Cezar Roberto*Novas Penas Alternativas*... cit., p. 123-124.

90 Art. 55: A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniári que será sempre regulada pelo que os condemnados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificadamente não designar de outro modo. Cf. PIERANGELI, José Henrique*Códigos penais do Brasil.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 243.

91 SOUZA, Renee do Ó e LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. "A L 13.964/2019 e as modificações do Código penal", *in Lei Anticrime. Comentários à Lei 13.964/2019.* [Org. – Renee do Ó Souza], Belo Horizonte De Plácido, 2020, p. 15.

Capítulo 17

AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

1 ORIGENS E DESENVOLVIMENTO

A pena, que havia caracterizado a Escola Clássica como única reação frente ao delito, teve companhia com a introdução das medidas de segurança durante o positivismo. Não se quer dizer com isso que a escola clássica desconhecia a existência dos *inimputáveis*, pelo menos nas hipóteses de doenças mentais, ou que desconhecia a *condição de periculosidade* dos sujeitos. Na verdade, todas as culturas e todos os povos, desde a antiguidade, sempre apresentaram reações penais derivadas de um afã por garantir algum nível de segurança, ou ao menos, apresentaram essa pretensão como justificativa para várias formas de segregação e banimento.[1] De qualquer modo, o certo é que o conceito de periculosidade, antes do positivismo, se espalhava para muito além de problemas mentais e incluía até mesmo os delinquentes habituais e os dissidentes religiosos.

No período medieval, era hábito manter as regras impositivas de segregação impedindo a entrada das pessoas consideradas indesejáveis à comunidade nas cidades, obrigando-as a residirem nas suas imediações.[2] O objetivo, claramente, era de impedir condutas consideradas antissociais. Estas não se resumiam simplesmente na prática criminosa reiterada, mas sim incluíam tudo o que era considerado indesejado. Assim, eram banidos os meliantes contumazes, mas também os portadores de enfermidades mentais e mesmo os portadores de doenças à época consideradas graves, como a lepra e a peste, por exemplo. O discurso autorizador dessa segregação era baseado na ideia de segurança dos moradores da cidade, contra atitudes que eles consideravam *perigosas*, ainda que estas fossem nada mais do que um contato social comum.

Evidentemente, as imediações das cidades se converteram em “grandes núcleos

e assentamentos de marginais, pobres e loucos, sobre os quais se ditou uma bateria de medidas assecuratórias e preventivas com o objetivo de proteger o reino de indesejáveis que ameaçavam a paz e a convivência cidadã".[3]

A escola clássica, ao estar construída sobre os fundamentos de uma responsabilidade penal baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade individual, resolvia o assunto dos inimputáveis internando-os em centros hospitalares que amiúde se mesclavam com os próprios centros penitenciários.

Aliás, a narrativa feita por John Howard[4] em seu famoso escrito *The State Of The Prisons In England And Wales* dava conta da catastrófica situação dos presídios britânicos, onde as condições dos detentos eram absolutamente desumanas, carecendo inclusive de assistência médica e, por óbvio, de tratamento para os deficientes mentais.

No caso dos sujeitos perigosos, também havia intervenção do Direito penal através das penas, mas só desde o momento em que a periculosidade se manifestava na comissão de um fato delitivo, em cujo caso a consequência era o ingresso na prisão. Pelo contrário, o Direito penal não intervinha contra os sujeitos simplesmente por caracterizar-se neles a periculosidade, era necessário, somado a esse estado, a comissão de um delito. Aqui, as medidas tomadas contra as pessoas segregadas eram associadas tão somente a uma condição particularmente considerada perigosa, sem qualquer conotação de possível reincidência criminal. Essa é inclusive a razão pela qual "desde então o conceito de periculosidade caminharia unido ao das pandemias, e os padecimentos incuráveis de certos males, ou seja, muito relacionado com as próprias saúdes física e psíquica, com a morte e a medicina, com o mundo escuro e das trevas".[5]

Consoante bem observa Agustín Jorge Barreiro,[6] somente no final do século XIX e no início do século XX, o Direito penal vivia uma *crise de crescimento*, motivada, entre outras razões, pela conjugação de penas e medidas de segurança. É que a pena, ajustada à culpabilidade, não podia fazer frente a um certo setor da delinquência, justamente aquele que tinha por autores os menores e os doentes mentais.

Assim, surgem duas possibilidades: dotar a pena de um caráter preventivo,

desvirtuando sua natureza, ou optar por estabelecer, mantendo íntegra a ideia de retribuição vinculada à pena, uma nova forma de consequência jurídica do delito.[7] Como resposta a esse problema, dirigida especialmente ao inimputável, apareceu a medida de segurança, a partir dos estudos desenvolvidos pela Escola positiva[8] italiana, em especial dos trabalhos de Enrico Ferri e da Terza Scuola de Carnevale.[9] Nesse momento, a tutela social se tornou o objetivo primordial, pregando a necessidade de custódia dos interesses coletivos a todo custo, ainda que em detrimento de garantias individuais.[10]

A Escola positiva desdenhava do livre-arbítrio e da culpabilidade do sujeito relacionado ao fato cometido e contrapunha a eles o determinismo, para explicar, com base em concepções naturalísticas, a causalidade dos fatos individuais. Na verdade, o suporte emprestado pela psiquiatria levou a uma completa revisão do perfil do Direito penal e da própria ideia de periculosidade. O Direito penal, até esse momento centrado no resultado do fato cometido, voltou seu interesse à pessoa do delinquente.[11] O temor estava associado ao delinquente contumaz ou reincidente, bem como aos enfermos mentais que cometiam delitos graves, os quais eram apresentados como incorrigíveis e responsáveis, mesmo que não tivessem cometido qualquer delito.[12] Aparecia, nesse contexto, a formulação de um conceito de *periculosidade social*[13] e se estabelecia como resposta a ela um mecanismo de atuação consistente na medida de segurança. A medida de segurança, com esse enfoque, relacionava-se com a periculosidade do sujeito e não com a sua culpabilidade.

Os injustos realizados por incapazes ou menores de idade, ainda que não fossem considerados como praticados por sujeitos culpáveis, constituíam objeto de interesse do Direito penal, por sua finalidade de prevenir a criminalidade. Havia uma pretensão de legitimação da medida de segurança contra a periculosidade derivada da probabilidade de comissão de um delito. A finalidade última era a reabilitação social do delinquente, mesmo que ele não cometesse nenhum delito, bastando simplesmente a demonstração da evidência da probabilidade de comissão futura (periculosidade social). As medidas de segurança logo se caracterizaram por serem desproporcionais ao delito e indeterminadas no tempo.

Ao final, o positivismo levou à chamada *defesa social*[14] e ao critério da *periculosidade social*, adotando-se, nesse sistema, as chamadas medidas de segurança pré-delituais.

Por outro lado, é interessante notar que nenhum dos Códigos penais do século XX terminou por definir o que é *periculosidade*, embora o conceito tenha sido fartamente esmiuçado no âmbito da medicina e suas especialidades.[15]

2 CONCEITO

As medidas de segurança são concebidas, pois, "como instrumentos de *proteção* social e terapia individual – ou como medidas de natureza *preventiva* e *assistencial"*,[16] cujo fundamento reside "na segurança futura da comunidade, frente às possíveis violações do Direito por parte deste autor".[17]

Assim, estabelece-se uma contraposição entre a pena, associada à culpabilidade e voltada ao passado, e a medida de segurança, associada à periculosidade e voltada para o futuro.

3 PRESENÇA NA LEGISLAÇÃO PENAL

A primeira expressão legislativa penal em que figuraram as medidas de segurança foi a obra de Carl Stoos, o projeto de Código Penal Suíço de 1893,[18] onde o sistema de consequências jurídicas do delito incluiu tanto penas quanto medidas de segurança. A pena limitada pelas exigências extraídas do princípio de culpabilidade não podia fazer frente a situações de determinados criminosos perigosos. Stoos introduziu na Parte Geral do Anteprojeto do Código Penal Suíço um sistema de medidas que se aplicavam atendendo à periculosidade do delinquente.[19] De todo modo, já desde o princípio, se põem de manifesto os riscos e incertezas que geraria essa reação penal atendendo exclusivamente ao critério incerto da periculosidade frente aos princípios básicos de um Estado de Direito.[20]

Na legislação Alemã, as medidas de segurança se incorporaram ao Direito positivo com a Lei de delinquentes comuns de 24 de novembro de 1933. Influenciados pela "Escola Moderna" de Von Liszt, tais reformas foram amplamente absorvidas e

difundidas pelo regime nacional-socialista.[21]

Na Espanha, as medidas de segurança apareceram na legislação mediante o Código Penal de 1928. No art. 97 do corpo legal não se precisava claramente o fundamento das medidas de segurança que se relacionavam com a periculosidade social do sujeito e com o sistema de defesa social que se adotou com os vagabundos, ébrios habituais, toxicômanos etc. A adoção de um sistema relacionado com a periculosidade social e a defesa social implica e implicou, neste caso, a adoção das medidas de segurança pré-delituais. Assim, logo apareceu um sem--número de legislações dispersas que contemplaram a prevenção do delito sem a necessidade da presença de um injusto; entre elas a chamada *Ley de vagos e maleantes*, de 4.8.1933; e a *Ley de peligrosidad y rehabilitación social*, de 4.8.1970.

Esses diplomas europeus, como regra geral, foram os inspiradores da introdução das medidas de segurança nas legislações latino-americanas. Convém ressaltar que no Brasil, as medidas de segurança ingressam no sistema legislativo no Código Penal de 1940 que, inspirado pelo Código Rocco italiano, já previa a medida de segurança pós-delitual, ou seja, já sofria uma correção de rota em face das propostas correcionalistas. O referido diploma admitia a aplicação da medida de segurança aos "perigosos" fossem eles imputáveis ou não.[22]

Aliás, convém referir que juntamente com o Código Penal foi editado o diploma que trataria dos delitos menos graves, as chamadas contravenções penais, dispostas no Decreto--lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, cujo objetivo era cuidar de situações que, malgrado não constituíssem crimes, deveriam ser tratadas de forma similar, ou ao menos, deveriam constituir objeto da ação profilática complementar à pena de encarceramento.

4 PERICULOSIDADE SOCIAL FRENTE À PERICULOSIDADE CRIMINAL CRISE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

O sistema positivista, que trouxe os critérios de defesa social[23] e de periculosidade social, levou a um sem-número de desvios e excessos. Assim, por exemplo, as já citadas *Ley de vagos y maleantes, de 4.8.1933* e a *Ley de*

peligrosidad y rehabilitación social, de 4.8.1970, ambas estabelecidas na Espanha, estabeleciam como fundamento das medidas de segurança a chamada "periculosidade social",[24] e não a periculosidade criminal do sujeito. Ou seja, o sujeito era perigoso não por ter cometido um delito, mas sim por seu comportamento antissocial. Ante tal circunstância, as medidas de segurança pré-delituais se justificavam quando se previa que um sujeito, devido a sua periculosidade social, pudesse ocasionar potencialmente um *dano social*.[25] Em resumo, com a adoção do sistema da periculosidade social, atualmente excluída do Direito penal, se contemplava a possibilidade de adotar as medidas para as quais não era necessária a presença de um fato delitivo, mas simplesmente a existência de um prognóstico de realização de um delito no futuro. Um verdadeiro exercício de adivinhação.

No Brasil, não foi diferente, pois o mencionado Decreto-lei nº 3.688/41, que tratava das contravenções penais – vigente até hoje – sempre deixou clara sua vocação pela adoção da perspectiva medieval de periculosidade, senão vejamos.

No art. 13, estabelecem-se como aplicáveis aos autores de contravenções penais as medidas de segurança previstas no Código Penal, exceto o *exílio*, que hoje já não temos e é justamente uma herança do degredo medieval. O art. 14 estabelece uma fantástica *presunção de periculosidade* para diversas pessoas, entre elas os condenados por contravenção praticada por embriaguez, quando ébrios habituais, e até mesmo os condenados por vadiagem ou mendicância, tipos penais contidos no mesmo diploma, respectivamente nos arts. 59[26] e 60.[27]

Na Espanha, a LPRS, de 4 de agosto de 1970, não escapou das críticas por adotar o sistema de defesa social frente aos vagabundos, ébrios habituais, toxicômanos etc. Felizmente o atual Código Penal de 1995 derrogou esse dispositivo, já que albergou os princípios constitucionais que derivam do Estado de Direito.

No caso do Brasil, sintoma claro da ideia de defesa social é o fato de que permanecemos, até hoje, com um modelo de medida de segurança que se aplica por tempo indeterminado, situação também violadora de princípios limitadores do *jus puniendi*.

A evolução da Política Criminal fez reconhecer o absurdo do uso de medidas de

segurança pré-delituais e do critério de periculosidade social. Passou-se, assim, ao sistema de *periculosidade criminal* para as medidas de segurança, segundo o qual se reconhece como pressuposto da aplicação da medida de segurança a prática, por parte do réu, de um "injusto típico".[28] Isso é consequência de que a maioria dos ordenamentos Constitucionais de nosso entorno jurídico contemplam uma completa gama de princípios que se derivam do Estado de Direito. Um sistema penal dessa ordem corresponde a um Direito penal do fato e não do autor.[29]

Os fundamentos metodológicos da medida de segurança, quais sejam, a prognose de evitar delitos futuros fundada na periculosidade pessoal do autor, revelaram-se inconsistentes. Não se pode fazer um exercício de futurologia e prever o comportamento das pessoas, sejam elas imputáveis ou não, e ademais, não se demonstrou a efetividade da medida de segurança para a conversão dos comportamentos dos inimputáveis em comportamentos próprios de imputáveis, parecendo muito mais ser o tema uma questão médico-sanitária do que jurídica.

Assim, passou-se a exigir a vinculação mais estreita a uma prática delitiva, como forma de garantir uma referência ao passado e uma determinação de prognose de periculosidade, já não fundada em evitar novos crimes, mas como forma de tratamento da periculosidade em si.

5 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA PÓS--DELITUAIS

As medidas de segurança se aplicam tanto a inimputáveis como a semi-imputáveis.[30] As mais modernas legislações jurídico-penais estabelecem sua referência à realização de um "injusto típico" e à "periculosidade criminal" respectivamente como pressupostos e fundamentos das medidas de segurança.

Daí decorrem dois pressupostos cumulativos que compõem a razão de ser das medidas de segurança e que devem ser analisados individualmente: a exigência de um tipo de ação com pretensão de ilicitude e a periculosidade criminal.

5.1 As exigências dogmáticas de realização de um tipo de ação com pretensão

ilicitude (fato típico e antijurídico)

Ao invés de delito, é mais técnico o emprego das expressões *injusto típico* ou *fato típico e antijurídico*, ou ainda, obedecendo a terminologia adotada neste trabalho, *tipo de ação com pretensão de ilicitude*, como requisito para a aplicação da medida de segurança, em consequência do denominado *princípio do fato* (ou mais exatamente, *de conduta* ou *da ação*).[31] Só as medidas que tenham como pressuposto um *injusto típico*[32] ou um *tipo de ação com pretensão de ilicitude* são compatíveis com um Estado de Direito (periculosidade criminal), e não as que se fundamentam na periculosidade social do indivíduo, já que isso levaria a aceitar as medidas de segurança pré-delituais.

Alguns autores pretendem relativizar a presença do injusto típico ao identificá-lo como um *sintoma* a mais para evidenciar a periculosidade: "um sintoma que pode ser desmentido ou confirmado por outros".[33] Essa posição remete a uma proximidade para com um conceito de *periculosidade social*. Ou seja, as medidas de segurança se justificariam ante a presença de qualquer *sintoma* que evidencie a periculosidade social, incluído o delito.

A aplicação das medidas de segurança sem a necessária presença objetiva do *tipo de ação com pretensão de ilicitude* e tendo como único fundamento o indeterminado e instável critério da *periculosidade* converte a liberdade individual em um princípio fluido, concedendo licença ao Estado (arbitrário ou não) a fazer uso das mais inusitadas restrições contra as liberdades para responder a esses casos.

Nesse contexto, a exigência prévia de um *injusto típico* ou *tipo de ação com pretensão de ilicitude* para a imposição de uma medida de segurança cumpre uma tripla função de garantia: em primeiro lugar, reforça o prognóstico de periculosidade, já que o sujeito demonstra sua capacidade criminal traduzida no injusto cometido; em segundo lugar, fortalece a vigência do princípio de legalidade, já que as medidas de segurança se aplicam somente quando concorram os requisitos estabelecidos na lei; finalmente, minimiza a função preventiva estatal em sua luta contra a criminalidade, em obediência a um princípio de intervenção mínima.

5.1.1 *A questão das permissões antecipatórias da verificação da pretensão de reprovação*

Convém ressaltar que os modelos clássicos de teoria do delito (finalistas ou funcionalistas), porque mantiveram, de modo geral, uma análise da culpabilidade que incluía situações de inexigibilidade de conduta diversa e, mais, iniciaram sempre a análise da culpabilidade pela imputabilidade, como capacidade geral de ser culpável,[34] acabaram deparando-se com um intrincado problema doutrinário: o que fazer quanto a um inimputável que atua em situação de exculpação.

No Brasil, parte da doutrina[35] defende que a situação de exculpação derivada do erro de proibição escusável, coação moral irresistível e obediência hierárquica e, ainda, embriaguez completa por caso fortuito ou força maior, deveria afastar a aplicabilidade da medida de segurança. Em contraposição, outro setor doutrinário,[36] entende que a falta de capacidade para o conhecimento da proibição impediria a dirigibilidade normativa, tornando indiferentes as hipóteses aventadas.

Na verdade, são tomadas por iguais, situações intrinsecamente diferentes, perfeitamente resolúveis na fórmula de teoria do delito adotada no presente trabalho.

Acontece que a situação fática de coação moral irresistível ou outras similares dizem respeito à fórmula de *permissão fraca*, cuja verificação pertence à afirmação de uma *pretensão objetiva de ilicitude*, que é, em si, pressuposto da análise de pretensão de reprovação. Com isso, há uma antecipação em face da verificação da imputabilidade e, de consequência, não há qualquer possibilidade de aplicação de medida de segurança, se demonstrada a presença da situação permissiva. Isso porque, como bem ressalta Mir Puig, na inexigibilidade de conduta diversa, "a anormalidade motivacional, fundamento comum a toda ideia de causa de exclusão da responsabilidade penal, não procede aqui de nenhuma anormalidade *no sujeito* – permanente ou transitória – mas de uma anormalidade *na situação*".[37]

Assim, não cabe o argumento de que a falta de capacidade psíquica em geral, ostentada pelo inimputável, impediria que ele se conduzisse com adequada *dirigibilidade normativa* para ter avaliada ou justificada sua atitude por uma redução de possibilidades de atuar segundo a norma, pois a questão é objetiva.[38] Ou seja, se a

conduta desvaliosa é realizada em circunstâncias concretas que não permitiam a ninguém atuar contra o direito, objetivamente, a falta de dirigibilidade de conduta do inimputável resulta absolutamente irrelevante. Qualquer postura contrária equivale a um *direito penal de autor* contra a pessoa do inimputável.

Diferentemente, a análise da compreensão do injusto é pessoal e se oferece em dois planos: uma capacidade de percepção geral da ilicitude de todos os fatos e outra específica em relação ao fato estudado. Em ambos os casos, a análise é concomitante e relacionada ao sujeito (trata-se da afirmação da *pretensão de reprovação*, que é pessoal), pelo que, tampouco, é possível qualquer classe de antecipação ou subordinação, demonstrando, mais uma vez, que a discussão doutrinária parte de um falso problema.

5.2 A concorrência da periculosidade criminal como fundamento da medida de segurança

Em um Estado de Direito, a periculosidade só se justifica como critério se é referida a um juízo de prognóstico concreto de que o sujeito levará a cabo um injusto penal no futuro. Como isso não é possível prever e nem mesmo pode constituir uma pretensão do direito, a periculosidade criminal se revela unicamente na realização do injusto típico, o que constitui o fundamento único das medidas de segurança.

Desse modo, a aplicação da medida de segurança é duplamente condicionada à realização prévia de um delito e à periculosidade constatada em face desse delito praticado. Por isso, constatado um injusto típico, sem estar presente a periculosidade criminal ou que se evidencie no sujeito um prognóstico de probabilidade de comissão de um delito no futuro, a imposição da medida de segurança carece de fundamento.

Assinala Muñoz Conde[39] que “conforme o princípio de intervenção mínima, a medida deve durar o tempo indispensável para conseguir eliminar a periculosidade criminal do enfermo mental”. Mas, se é que a periculosidade pode ser um fundamento e um limite mínimo, ou seja, uma vez cessada a periculosidade, não se justifica mais a intervenção. A periculosidade nunca pode converter-se em limite máximo, traduzido na ideia de que enquanto persista a periculosidade se deve continuar aplicando a

medida.

Em todo Estado que acolha o princípio da legalidade como norma constitucional, a observância exclusiva da periculosidade do agente para a imposição de uma medida de segurança, sem o pressuposto objetivo do injusto penal, torna a aplicação da medida absolutamente inconstitucional. O alerta vale, pois é sempre possível que sob um discurso de política criminal efetiva se construam estados de periculosidade que em nada respondam aos critérios de política criminal de necessidade. A referência ao fato objetivo (injusto penal) deve servir única e exclusivamente como referência da periculosidade criminal do autor.

A sanção, qualquer que seja sua natureza, que tenha como único pressuposto o critério da periculosidade, desvinculada do injusto, resulta inconstitucional em todo sistema de Direito penal que seja assentado sobre as garantias do Estado de Direito, das quais se deduz um Direito penal de fato,[40] em contraposição às que impõe um Direito penal de autor.

No Brasil, temos que a periculosidade criminal pode ser determinada por *presunção legal*, na forma prevista pelos arts. 26[41] e 27[42] do Código Penal, ou por determinação judicial, na forma do parágrafo único do art. 26[43] e art. 98[44], ambos também do Código Penal.

Assim, temos que, em regra, os semi-imputáveis presumivelmente são dotados de capacidade penal, e penalmente responsáveis, exceção feita aos casos em que o juiz identificar especial necessidade de tratamento, quando substituirá a pena por medida de segurança.

6 GARANTIAS QUE REVESTEM A REGULAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Do mesmo modo que ocorre com as penas, as medidas de segurança devem revestir-se de determinadas garantias que devem ser tidas em conta em sua formulação jurídica, desde que esta corresponda a um modelo de controle social próprio de um Estado social e democrático de Direito. As garantias mencionadas são aquelas referentes ao princípio de legalidade, ao princípio de jurisdicionalidade, à

garantia de execução, à periculosidade criminal como fundamento e ao princípio de proporcionalidade.

6.1 Legalidade das medidas de segurança

O princípio de legalidade no âmbito das medidas de segurança, proíbe que se possa impor a um inimputável ou semi-imputável uma medida de segurança não prevista como tal na lei penal.

Decerto que o alcance do princípio de legalidade em matéria de medida de segurança deve ser interpretado amplamente, compreendendo todos os demais princípios que derivam dele:[45] (a) a *existência de uma lei* que estabeleça as medidas de segurança mediante um procedimento regular preestabelecido; (b) a existência de uma *lei prévia* (*lex previa*) do que deriva a proibição de aplicação retroativa das leis penais em geral; (c) as medidas de segurança, em sua formulação, devem expressar-se da maneira mais *clara, inequívoca e exaustiva possível* (*lex certa*); e (d) a aplicação da medida de segurança pelo juiz não deve ultrapassar os marcos estabelecidos pela lei (*lex stricta*), proibindo a aplicação por analogia das medidas de segurança. Isso se deve a que na maioria das Constituições de nossa cultura jurídica a proibição da analogia em matéria penal é considerada como uma garantia da função jurisdicional.

6.2 Jurisdicionalidade da aplicação das medidas de segurança

Deriva desta garantia que ninguém pode ser submetido ao peso de uma medida de segurança, senão em virtude de um processo e de uma sentença que o determine. Esse processo ou sentença deve emanar de um juiz ou Tribunal competente, os quais serão os chamados a aplicá-la segundo os marcos estabelecidos legalmente.

Efetivamente, se a medida de segurança será matéria penal, é necessária sua jurisdicionalização.

O que deve ficar bem claro é que é absolutamente discutível a opção político-criminal de manejo das medidas de segurança pelo sistema penal. É perfeitamente válida a opção político-criminal oposta, no sentido de tratar o problema dos *tipos de ação com pretensão de ilicitude* cometidos por agentes não genericamente

reprováveis (*imputáveis*), como um assunto eminentemente relacionado à administração pública, com caráter médico-sanitário, administrativo etc.

Essa discussão político-criminal diz respeito a dois aspectos muito interessantes.

O primeiro deles diz respeito a qual dos assuntos deve ser prevalente: o *tipo de ação com pretensão de ilicitude* cometido ou as qualidades específicas e pessoais de seu autor. A prevalência de importância do autor pode fazer com que a escolha seja de prevalecer outro sistema, subtraindo algo que tem aproximação com um crime, mas que não chega a ser completamente um crime, da apreciação do sistema punitivo. Por outro lado, a ideia de que o fato cometido é mais importante que seu autor faria com que a proximidade que existe entre esse fato e a caracterização de um crime remetesse o feito para dentro do sistema penal.

A segunda questão diz respeito ao alcance da periculosidade. Se o fundamento da medida de segurança é a periculosidade e o sistema de organização social deverá conviver, obrigatoriamente, com esse conceito, é preciso verificar para onde ele será remetido. A situação de periculosidade que se expressou pela via de um *tipo de ação com pretensão de ilicitude* deve ser tratada pelo sistema penal, ou deve ser excluída deste? Ambas são opções político-criminais válidas. A única coisa que se exige é coerência. Todas as situações de periculosidade associadas a *tipos de ação com pretensão de ilicitude* devem ter igual destino. Não é válido nem possível discriminar com eufemismos ou com remessas díspares a situação dos menores de 18 anos, dos portadores de enfermidades mentais e das pessoas jurídicas.[46]

6.3 Garantia de execução das medidas de segurança

Essa garantia implica em que as medidas de segurança hão de executar-se na forma legalmente estabelecida.

A garantia de execução deve orientar-se à adequação permanente da medida de segurança à evolução da personalidade do sujeito, bem como ao estrito condicionamento da mesma pela subsistência do prognóstico de periculosidade que inicialmente a justificou, entretanto, incluindo a dimensão clínica, caso se refira a

enfermidades mentais; a educacional, caso se refira a adolescentes; ou a de controle de atividades, caso se refira a pessoas jurídicas.

Em algumas legislações, as regulamentações das medidas de segurança não constituem problemas de direito positivo, já que ali elas figuram com seus objetivos descritos claramente. Porém, as carências ou limitações econômicas desses mesmos Estados tornam, por vezes, impossível que os propósitos que se perseguem com as leis se materializem em termos objetivos.

6.4 Periculosidade criminal como fundamento das medidas de segurança

O fundamento das medidas de segurança se baseia na periculosidade criminal do sujeito, exteriorizada na comissão de um injusto penal. Isso é assim porque nosso Direito penal é um Direito do fato e não de autor. Isso permite limitar a política criminal na construção de estados de periculosidade, como anteriormente referimos.

6.5 Culpabilidade como leme das medidas de segurança

Atualmente, a doutrina divide sua postura em relação a esse ponto. No que se refere a se a medida de segurança obedece a um pressuposto pré-delitual ou pós-delitual, a doutrina parece conciliar suas teses a favor desta última. Apenas algumas poucas vozes atuais persistem em minimizar o pressuposto do fato objetivo (injusto) considerando-o como um "sintoma" a mais da periculosidade criminal.[47]

As discordâncias, porém, ficam evidenciadas na diferença entre os que defendem que as medidas de segurança devem ser consequentes com o princípio de proporcionalidade, pelo qual, ao impor-se uma medida, esta não pode resultar nem mais gravosa nem de maior duração do que a pena que abstratamente deve corresponder ao fato delitivo caso o sujeito fosse imputável,[48] e por outro lado, os que apregoam simplesmente a proporcionalidade das medidas de segurança em relação à periculosidade do sujeito.

Dentro dos defensores da primeira tese (periculosidade ao fato), com algumas variantes terminológicas, Muñoz Conde se inclina por admitir preferentemente o princípio de culpabilidade como limite à imposição de uma medida de segurança. O

expressa nos seguintes termos:

> “me inclino no sentido de que o princípio de culpabilidade, inclusive paradoxalmente, possa servir de limite para a imposição de uma medida de segurança, na medida em que se entenda que a ideia de proporcionalidade, traduzida em limites temporais fixados legalmente, também é, de certo modo, uma ideia imanente à ideia de culpabilidade”.[49]

O fato de considerar a culpabilidade como apropriada para a limitação das medidas de segurança resulta compreensível, já que aproxima a ideia de identidade entre as penas e as medidas de segurança,[50] que vem sendo progressivamente exigida pela doutrina mais moderna. Nesse sentido, é pertinente recordar a lição de Hassemer, que afirma que “A execução de penas e a execução de medidas há um longo espaço de tempo movem-se uma em direção da outra.”[51]

Consequentemente, as medidas de segurança não poderão ser nem mais nem menos gravosas nem de maior duração do que a pena que corresponderia ao autor caso fosse imputável. Com isso, se volta novamente ao princípio de culpabilidade, situação que se desenha por detrás da expressão *proporcionalidade*. O que se pretende, em suma, é uma forma de limitação do poder do Estado frente aos inimputáveis.[52]

Em sentido similar, porém, não idêntico, autores como Figueiredo Dias[53] sustentam que as limitações às medidas de segurança devem dar-se no sentido que estabelece o princípio de proporcionalidade.

Com efeito, é compreensível certa reserva em admitir a culpabilidade como limite das medidas de segurança, por duas razões: a primeira refere-se ao risco de identificar a culpabilidade como categoria dogmática. Nesse sentido, trata-se de um conceito meramente dogmático que se emprega justamente para atribuir responsabilidade pessoal, que é imprópria no caso do inimputável. A segunda razão é que na atualidade se começa a questionar a própria culpabilidade como categoria dogmática, justamente porque seu emprego terminológico admite vários sentidos. Daí que aqui se opte por definir esse tópico dogmático como *pretensão de reprovação*.

Ainda assim, de nossa parte, parece preferível falar do princípio de culpabilidade como limite das medidas de segurança, sempre e quando se admita a possibilidade de diferenciar entre um significado político-criminal de culpabilidade que não coincide necessariamente com o conceito de culpabilidade estritamente dogmático.

7 ESPÉCIES

A legislação brasileira prevê como formas ou espécies de medidas de segurança a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 96, inciso I, do Código Penal), que é uma medida detentiva, e o tratamento ambulatorial (art. 96, inciso II, do Código Penal), que é uma medida consistente em submissão a tratamento clínico, sem internação.

O Código Penal brasileiro, em seu art. 97, estabelece, ainda, uma regra de relação com a gravidade dos delitos, determinando que os crimes apenados com reclusão, quando realizados por inimputável, gerem como consequência a medida de segurança de internação, e para os crimes apenados com detenção, a geração da medida de segurança de tratamento ambulatorial.

A regra visa atender a um postulado de proporcionalidade que é, no mínimo, discutível. Perceba-se que se estabelece a relação entre a gravidade do crime cometido e a gravidade da medida tomada, em uma escala que obedece uma perspectiva retributiva associada ao fato cometido, portanto ao passado, que não condiz com a fórmula de prognose de um tratamento de saúde.

Claro que isso provém da ideia de periculosidade criminal, da vinculação da medida de segurança a um ilícito previamente realizado. Acontece que essa vinculação se presta apenas para justificar a *existência* da medida de segurança, mas não para sua *mensuração*. Se a medida de segurança rege-se realmente por uma ideia de prevenção especial, no sentido de tratar do problema mental que acomete o sujeito e que, de algum modo, contribuiu para que ele realizasse conduta ilícita, é óbvio que essa enfermidade deve ser a baliza de tal tratamento. Ou seja, a despeito de qual tenha sido o crime realizado, o eixo sobre o qual deveria *de lege ferenda* restar

estabelecido o projeto de execução da medida de segurança deveria estar relacionado com a magnitude da necessidade de tratamento do agente, porque pode ser que, embora o ato ilícito praticado tenha sido grave, sua enfermidade seja passível de tratamento sem internação ou, ao contrário, que o ato ilícito praticado tenha sido de escassa importância, mas a doença possua uma prognose sintomática progressiva que exija uma internação.

Nesse sentido, comenta Jescheck[54] que o princípio de proporcionalidade cumpre nas medidas de segurança as funções que o princípio de culpabilidade cumpre nas penas.

Sua aplicação não deve depender, portanto, apenas do tipo apenado com reclusão, mas de uma prognose de periculosidade que a justifique.

No que tange à sujeição a tratamento ambulatorial, trata-se da realização de cuidados médicos e psicológicos sem internação. A rigor, deveria ser sempre a opção preferencial.

Se fosse tomada em conta a gravidade do caso em proporção à enfermidade mental da pessoa submetida à medida de segurança, aplicando-se as restrições impostas pelo princípio de intervenção mínima – que tem incidência sobre todo o sistema penal –, teríamos que a despeito de qual tivesse sido a periculosidade criminal demonstrada, ou seja, qual tivesse sido o ato ilícito praticado, a pessoa submetida à medida de segurança deveria ser, sempre que possível, submetida a tratamento ambulatorial, adotando-se a internação somente quando não houvesse outra possibilidade clínica de levar a cabo o tratamento necessário de sua enfermidade.

Note-se que, com essa opção, ainda se estaria correspondendo a uma realidade social mais adequada, pois, se a internação for somente aquela exigida pelo tratamento do submetido à medida de segurança, se estaria dando ao submetido ao sistema penal o mesmo tratamento que lhe daria o sistema de saúde, caso estivesse sendo submetido à terapia sem ter cometido qualquer ato ilícito. A única diferença ficaria por conta da existência do controle judicial e não de sua própria vontade ou de seus familiares, esta sim, a única derivação do ilícito praticado, de resto, inteiramente legítima e proporcional.

De outro lado, já de *lege lata*, o mesmo princípio de intervenção mínima antes invocado serve também para justificar que o juiz, diante de uma situação concreta em que o Código Penal lhe faculta apenas a aplicação da medida de segurança de tratamento ambulatorial, pode simplesmente deixar de aplicá-la. Isso porque o uso da expressão *poderá*, no art. 97 do Código Penal brasileiro,[55] abre tal possibilidade, no sentido de uma interpretação mais liberal, defendida com acerto por parte da doutrina.[56]

Com efeito, essa postura é mais consentânea com a ideia que justifica o fundamento de tratamento do sujeito, até porque existe a possibilidade de conversão da medida de tratamento ambulatorial em internação no caso de que, no curso do tratamento, a providência se revele necessária (art. 97, § 4º, do Código Penal).

Ora, se o foco é o tratamento, pode ser que o caso concreto revele ser este desnecessário. Assim, parece correta a interpretação de não ser cogente a aplicação de medida de segurança de tratamento ambulatorial em hipóteses de prática por inimputável de crime apenado com detenção.

8 PRAZO DE DURAÇÃO

A legislação brasileira prevê para a internação e para o tratamento ambulatorial prazo indeterminado, devendo o autor do fato permanecer sob tratamento até a "cessação de sua periculosidade". Entretanto, ao aplicar a medida de segurança, o juiz é compelido a estabelecer um prazo mínimo de tratamento, que deverá ser de um a três anos, fixado em sentença (art. 97, § 21, do Código Penal). Esta postura legislativa tem sido limitada pelo Judiciário, na forma do enunciado Sumular 527 do Superior Tribunal de Justiça, que refere: "O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamento cominada ao delito aplicado".

Nos casos de internação, evidentemente essa postura se traduz em uma forma de prisão perpétua, violando o princípio de humanidade das penas.

O tema é claro. Não é possível admitir-se um grau de violação de direitos dessa ordem. A realidade é que o internamento por período ilimitado efetivamente contém

uma condenação perpétua disfarçada, própria de regimes ditatoriais, e que esse problema foi detectado faz muito tempo.[57]

Trata-se de um hábil mecanismo dirigido a burlar a proibição das prisões perpétuas, posto que o reconhecimento da periculosidade do sujeito, em determinados Estados intervencionistas, poderia levar a afastar indefinidamente da sociedade os inimigos do sistema. E com isso, não haveria qualquer violação das limitações impostas à pena, já que disso não se trata.

Com essa fraude de etiquetas se rompe evidentemente o limite do princípio de culpabilidade,[58] que, conquanto não figure aqui como elemento do delito, há de impor-se como princípio.

Enquanto a medida de segurança for ilimitada, está presente uma violação do princípio de culpabilidade (no âmbito da proporcionalidade) e do princípio de legalidade (no que se refere à certeza quanto ao conteúdo da incriminação – *lex certa*).

Assim, a admissão de situações dessa natureza evidencia um claro retrocesso na escala evolutiva do Direito penal e, portanto, é inadmissível, devendo ser a medida de segurança limitada necessariamente pelo máximo da pena privativa de liberdade aplicável.[59]

9 EXECUÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO

Com a absolvição imprópria e aplicação de medida de segurança, expede-se a guia de internamento ou de tratamento ambulatorial.

A legislação brasileira, além de prever o prazo indeterminado para o cumprimento da medida de segurança, estabelece também marcos para a realização de exames periódicos onde se deve aferir a necessidade ou não de continuidade do tratamento.

O exame inicial será determinado pelo juiz da sentença para ser realizado ao cabo do prazo mínimo de um a três anos, sendo que, se o resultado deste for negativo quanto à cessação de periculosidade, deverá ser repetido anualmente, ou ainda, excepcionalmente, a qualquer tempo, por determinação judicial (art. 97, § 2º, do

Código Penal). Ainda como exceção, é possível a realização do exame durante o prazo mínimo ou entre os exames regulares, desde que assim requerido pelo Ministério Público ou pelo interessado (art. 175 da Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/84).

O indivíduo será desinternado ou liberado do tratamento ambulatorial na medida em que o sujeito obtenha um laudo favorável de cessação de periculosidade e, após a interrupção do tratamento, deverá permanecer durante um ano sem a prática de atos demonstrativos de periculosidade, para só então decretar-se a cessação completa da medida (art. 97, § 3º, do Código Penal).

Esse fato indicativo de periculosidade não precisa ser crime.

Aqui aparece um problema seríssimo que, a meu ver, merece severa crítica: se o fato indicativo da periculosidade, que faz o sujeito ter cancelada a possível extinção da medida de segurança – o que, certamente, tem por corolário a preservação de sua imposição – não precisa ser um crime, como é possível justificar que sigamos tratando de Direito penal?

Note-se que, embora não haja a imposição de pena, a medida de segurança caracteriza--se por uma consequência jurídica da prática de um delito por uma pessoa que não reúne as condições de reprovabilidade pessoal. Pois bem. Nesse caso, o que se tem é o fundamento da periculosidade sendo regente de uma consequência derivada da prática de um delito. Se esta consequência, em um primeiro momento, resta afastada porque atingiu-se o objetivo, não será possível retomá-la sem que outro fato com a mesma capacidade de deflagrar a reação do sistema penal ocorra. Do contrário, esta retomada da aplicação da medida estaria respaldada por um fundamento extrapenal, ou seja, pela prática de um fato que não constitui um injusto penal. Estaria completamente descaracterizada a instância penal, retomando-se o vetusto e lamentável conceito de periculosidade social, próprio de um Direito Penal de autor.

Se todos que trabalhamos por um Direito Penal mais democrático reclamamos a aplicação do princípio de culpabilidade, em sua vertente de proporcionalidade, também às medidas de segurança, como nesta obra se faz, é preciso sustentar uma

interpretação restritiva deste dispositivo. Não é aceitável que se aquilo que gerou originariamente a medida de segurança foi a prática de um injusto penal, que sua manutenção depois de cumprida exija menos que isso.

Assim, a única interpretação possível é que o chamado *período de prova*, que a rigor sequer mereceria existir, deve ter por referente de cessação que o indivíduo não cometa nenhum fato indicativo de sua periculosidade, consistente em ato ilícito penal.

10 SUBSTITUIÇÃO DE PENA POR MEDIDA DE SEGURANÇA

As penas podem ser substituídas por medidas de segurança em duas hipóteses:

Primeiramente, no caso de semi-imputabilidade, em que o juiz detecte especial necessidade de tratamento curativo, conforme a letra do art. 98 do Código Penal.[60] Nessa hipótese, justamente porque se trata de substituição, deverá o juiz primeiramente aplicar a pena, para depois substituí-la.[61]

Em segundo lugar, poderá também ser determinada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou de autoridade administrativa em hipóteses de superveniência de perturbação penal do condenado (art. 41 do Código Penal[62] e art. 183 da Lei de Execuções Penais).[63]

Somente a pena privativa de liberdade pode ser substituída por medida de segurança, não cabendo para as hipóteses de pena de multa ou restritiva de direitos.

Nesses casos, os limites da pena imposta prevalecem na medida de segurança.

11 PRESCRIÇÃO

O art. 96, parágrafo único, do Código Penal prevê que todas as causas extintivas de punibilidade, inclusive a prescrição, são aplicáveis à medida de segurança.

Os prazos prescricionais são os do art. 109 do Código Penal.

No caso do semi-imputável, é aplicada a pena e substituída pela medida, então há a possibilidade da contagem da prescrição em concreto.

No caso do inimputável, não há condenação, porém, o entendimento mais consentâneo com um direito penal democrático é de que a prescrição da pretensão executória realizar-se-á segundo o máximo da pena privativa de liberdade.[64]

No mês de junho de 2010, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça brasileiro firmou o entendimento de que a prescrição em medida de segurança, seja ela de internação ou de tratamento, pode sempre ser extinta pela prescrição. A decisão consolidou o entendimento da Terceira Seção, já que até então só a Quinta Turma tinha precedentes sobre o tema.

O caso que foi o paradigma do julgamento foi um *habeas corpus* interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que cassou decisão que extinguiu a medida de segurança, em razão da prescrição. No caso, o paciente tinha sido submetido à medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, como derivação de sentença absolutória imprópria havida pela prática de um ato ilícito de homicídio culposo, ocorrido em outubro de 1989. Desde a imposição da medida, em dezembro de 1994, o réu continuava aguardando sua internação, sem que tal providência fosse procedida. Em função disso, a defesa requereu, em 2005, a extinção do feito pela prescrição. Alegou que, sendo o sentenciado menor de 21 anos à época dos fatos e decorrido o prazo prescricional máximo previsto em lei, a prescrição teria ocorrido em dezembro de 2004. A decisão da Corte, acolhendo o posicionamento do relator, Ministro Og Fernandes, reconheceu, com a decisão, que a previsão do art. 96, parágrafo único, do Código Penal inclui a prescrição, não sendo necessária qualquer disposição específica a respeito.

---

1 Nesse sentido, menciona Julio Leal Medina que, “na antiguidade, quando as leis e Direito submeteram os homens e conseguiram impor-se, o direito à segurança primava de forma extrema sobre outros objetivos e esteve por trás de todas as consequências penais. As primeiras medidas penais das que se têm conhecimento, as quais alimentaram este direito, se expressaram através do modelo iniciado com a expulsão da cidade no direito babilônico ou sumério e as posteriores versões ou modalidades derivadas deste, como o ostracismo na Grécia, ou as clássicas relegações, deportações ou desterros”. Julio Leal Medina. *La historia de las medidas de seguridad*. El Cano: Thompson-Aranzadi, 2006, p. 16, cuja obra se recomenda para uma análise detalhada do

tema.

[2] LEAL MEDINA, Julio. *La historia de las medidas de seguridad*... cit., p. 17.

[3] LEAL MEDINA, Julio. *La historia de las medidas de seguridad*... cit., p. 17.

[4] John Howard nasceu em 2 de setembro 1726, em Hackney, Leste de Londres, em próspera família de classe média. Apesar de suas boas condições de vida, sempre guardou perfil humanitário e inconformado. Quando assumiu o cargo de *High Sheriff* do condado de Bedfordshire, em fevereiro de 1773, com ele recebeu a missão de dirigir o presídio local. Verificando a situação desesperadora dos detentos, partiu em uma peregrinação pelos presídios britânicos, confiando encontrar algum exemplo para seguir e para recuperar o seu cárcere. No entanto, a viagem serviu para mostrar-lhe que o horror que via era compartilhado em toda a Inglaterra e também no País de Gales. Ao final de sua peregrinação, em 4 de março de 1774, apresentou à Casa dos Comuns um relatório das provas que colheu, que três anos mais tarde se converteu em sua obra de referência *The State Of the Prisons In England And Wales*. Os estudos e principalmente o empenho de John Howard foram responsáveis por importantes reformas legislativas no sentido da melhora das condições dos presídios, como o Ato dos Presídios (*Gaol Act*) aprovado pelo Parlamento inglês em 1774. Após sua iniciativa, em 1775, Howard se viu compelido a visitar os presídios na Irlanda, na Escócia, na Bélgica, Holanda, Itália, Alemanha, Espanha, Portugal Dinamarca, Suécia, Suíça, Malta, Rússia, Turquia e Ásia Menor, o que fez viajando mais de oito mil quilômetros no lombo de um cavalo, gastando cerca de 30.000 libras esterlinas de seu próprio dinheiro, pretendendo repetir, a nível internacional, sua façanha doméstica. Chegou a publicar outra obra, titulada *An Account of the Principal Lazarettos in Europe and Additional Remarks on the Present State of Prisons in Great Britain and Ireland*. Morreu em 20 de janeiro de 1790, infectado por tifo, então conhecido por "febre do presídio", tal a frequência em que ocorria no cárcere, contraído em uma visita a um hospital de campanha em Kherson, na Ucrânia. Cf. na reedição dos originais: HOWARD John. *The State of the Prisons in England and Wales*. Montclair: Patterson Smith, 1973.

[5] LEAL MEDINA, Julio. *La historia de las medidas de seguridad*... cit., p. 20.

[6] JORGE BARREIRO, Agustín. Crisis actual del dualismo en el Estado social democrático de derecho. *In Modernas tendencias en la ciencia del Derecho*

penal y en la Criminología. Madrid: UNED, 2001. p. 143-144.

7 JORGE BARREIRO, Agustín. Crisis actual del dualismo... cit., p. 144.

8 Nesse sentido: "O fracasso da pena concebida com um fim exclusivamente retributivo para taxar certa classe de delinquência – aquela que era obra dos habituais – ou a protagonizada pelos menores ou os inimputáveis, fez nascer, a finais do século XIX um novo recurso punitivo baseado na prevenção de futuros delitos. Nascem assim as medidas de segurança conectadas à periculosidade do delinquente e concebidas para conjugar a possível comissão de novos fatos delitivos." VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. v. I, p. 528-529.

9 Vide, a respeito, os comentários de Marc Ancel, onde ele procura diferenciar os postulados da Escola Positiva de Defesa Social e de sua proposta de Nova Defesa Social, em *A Nova Defesa Social*. Trad. de Osvaldo Melo. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. XVIII ss.

10 Nesse sentido o comentário de Julio Leal Medina. *La historia de las medidas de seguridad*... cit., p. 17-18.

11 Nesse sentido, anota Gustav Radbruch. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Trad. de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 320: "Do mesmo modo que no moderno direito do trabalho se reconhece não ser a força do trabalho separável do homem, mas ser ela o próprio homem encarado sob certo ponto de vista, assim o moderno direito penal social igualmente reconhece não ser o crime algo de separável do criminoso, mas ser o próprio criminoso. Para o novo direito penal vigora também este lema: 'não o crime, mas o criminoso'."

12 LEAL MEDINA, Julio. *La historia de las medidas de seguridad*... cit., p. 22.

13 SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *Las medidas de seguridad y el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 87.

14 Conceito detalhadamente desenvolvido por Adolphe Prins em 1910.

15 LEAL MEDINA, Julio. *La historia de las medidas de seguridad*... cit., p. 20.

16 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. 2. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2007. p. 639.

17 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 287.

18 DIAS, Jorge de Figueiredo.*Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 141: “A consciência dogmática da existência de uma categoria de sanções criminais como algo de diferente das penas só despontou, efetivamente, com o Projeto de CP suíço de Carl Stoos (1893) e o ‘Contra-Projeto’ de v. Liszt e Kahls (1911); se bem que não deva ser esquecido, com anterioridade, o requisitório de Ferri – e já mesmo de Despines e Lombroso – a favor de um sistema de medidas de *defesa social* que substituísse o sistema de penas tradicional. Não significa isso que, em ordenamentos penais anteriores, não existissem já sanções que, em termos dogmáticos modernos, devessem ser reconduzidas à medidas de segurança; [...]”; Também em Tomás Salvador Vives Antón. *Comentarios*... cit., p. 529; GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.), BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUI DOBÓN, M. Cármen.*Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 356; e MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes.*Direito penal. Parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 595: “[...] quando Carl Stoos propõe a previsão de medidas de segurança no Anteprojeto de Código Penal suíço de 1893, estas se configuram como algo totalmente distinto das penas em seu fundamento e orientação, [...]”.

19 GRACIA ARTÍN, Luis (Coord.); BOLDOVA PASAMAR, Miguel Áng ALASTUEY DOBÓN, M. Cármen. *Las consecuencias jurídicas*... cit., p. 1.

20 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador.*Comentarios*... cit., p. 528-529: “Foi obra de Carl Stoos, no Anteprojeto de Código Penal suíço de 1983, a primeira formulação completa de um sistema de medidas de segurança anexo ao sistema de penas. Desde um princípio se puseram de manifesto os riscos e incertezas que una reação penal associada, exclusivamente, à personalidade do delinquente, podia ter para os princípios básicos de um Estado de Direito.”

21 Nesse sentido: NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal. Una Introducción*. Trad. de Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 116. Para que se tenha ideia do uso político das medidas de segurança pelos nazistas, basta referir que a internação em “casas de trabalho” (leia-se, campos de concentração) e a castração de delinquentes considerados perigosos (para evitar a propagação hereditária desta tendência), estiveram presentes no rol do § 42 do Código Penal da época, vindo a ser revogadas somente nos anos de 1969 e 1946,

respectivamente. Vide: NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal...* cit., p. 119.

22 Vide, sobre o ingresso da medida de segurança em nosso ordenamento jurídico: HUNGRIA, Nélson.*Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1, t. 2º, p. 9 ss.

23 "Na realidade, para os positivistas, o termo *defesa social* não explica outra coisa senão o novo objetivo que se deve atribuir à pena, desde que esta não constitua na retribuição de uma falta, segundo os princípios de responsabilidade moral. É nesse sentido que Ferri o emprega e o justifica, e é ainda com esta mesma acepção que a *Terza Scuola* o adotaria, especialmente Carnevale." ANCEL Marc. *A Nova Defesa...* cit., p. 6.

24 POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Medidas seguridad inocuizadoras para delincuentes peligrosos? *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, nº 2, Lima: Grijley, 2001, p. 485.

25 LANDECHO, Carlos de. Peligrosidad social e peligrosidad criminal. *Peligrosid Social y Medidas de seguridad (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970*). Valencia: Universidad de Valencia, 1974. p. 248 ss.

26 Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação lícita. Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

27 Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez. Pena – prisão simples, de 15 (quin dias a 3 (três) meses.

28 Cfr. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo*Curso de derecho penal español. Parte general*. Dirigido por Manuel Cobo do Rosal. Madrid: Marcial Pons, 1996. p 36.

29 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Medidas seguridad... cit., p. 487. Acrescenta o autor que "isso quer dizer que só pode sancionar-se a um sujeito pelo que faz e não pelo que é, ou seja, por suas ações delitivas já realizadas e não por meros pensamentos nem disposições subjetivas a cometer um delito ou um dano social, não materializados em ação".

30 O art. 97 do Código Penal brasileiro estabelece que "se o agente for inimputável,

juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial". Assim, se nota que a aplicação da medida de segurança ao inimputável depende, necessariamente, da prática de um delito prévio, o que se traduz no critério de periculosidade criminal. Nosso diploma legal também permite que o juiz aplique ao semi-imputável a medida de segurança, conforme o art. 98, onde se estabelece que "na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1(um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º".

31 POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel, Op. cit., p. 488.

32 Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental. Teoría general del delito e punibilidad*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1984. v. II, p. 9 ss: Em palavras do autor, "o *fato punível* (ou, como dizem outros, 'o fato previsto na lei como delito' em que de modo necessário há de basear-se legalmente a imposição das medidas, se chame ou não *delito*, é tema de discussões intermináveis, por sorte sem consequência de importância, ao menos enquanto as palavras não sejam uma armadilha para a burla das garantias demo-liberais. Trata-se, de toda maneira, de um injusto típico, que é o núcleo de todo delito, no pleno e estrito sentido da palavra, se bem a culpabilidade é incompleta e a *opinio doctoris* a considera geralmente insubsistente".

33 CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. t. I, p. 38.

34 A principal exceção, entre os modelos clássicos, é Maurach, com sua ideia de atribuibilidade. Veja-se, a respeito: MAURACH, Reinhard. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962. v. II, p. 31 ss.

35 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 690.

36 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 645.

37 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 616-617.

38 Esse é o argumento esgrimido por Juarez Cirinos dos Santos em *Direito penal*... cit., p. 645.

39 MUÑOZ CONDE, Francisco*Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 50.

40 A estrutura sistêmica do delito imperante na atualidade parte da ação do sujeito. S seus atos, e não o que é ou pensa, constituem o fundamento da sanção: tanto penas como medidas de segurança.

41 Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

42 Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

43 Art. 26, Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agen em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

44 Art. 98. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando c condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

45 Nesse sentido defende a doutrina brasileira majoritária: BITENCOURT, Ceza Roberto. *Tratado*... cit., p. 690; e MESTIÉRI, João*Manual de Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 310.

46 Sobre especificamente a aproximação entre essas três figuras, veja-se: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André*Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 85.

47 Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.); JORGE BARREIRO, Augu (Coord.). *Comentários al* Código Penal. Madrid: Civitas, 1997. p. 40 ss.

48 O art. 6.2, do Código Penal espanhol, consagra o princípio de proporcionalidade nas medidas de segurança: “As medidas de segurança não podem resultar nem mais gravosas nem de maior duração que a pena abstratamente aplicável ao fato cometido, nem exceder o limite do necessário para prevenir a periculosidade do autor.”

49 MUÑOZ CONDE, Francisco. Hacia una construcción latinoamericana de l

culpabilidad. Plenario de 3.9.1999 do XI Congreso Latinoamericano e II Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología. Montevideo, 1999, p. 13.

50 Veja-se, sobre essa aproximação entre penas e medidas de segurança: BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do Direito penal brasileiro.* 3. ed. Curitiba: Paulo César Busato, 2012. p. 386.

51 HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito penal.* Trad. de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 318.

52 MUÑOZ CONDE, Francisco. Hacia una construcción... cit., p. 12.

53 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...* cit., p. 158-159: "As exigências de defesa social perante a criminalidade constituem, também elas, *um postulado do Estado de Direito e de uma política criminal eficiente e racional*, por um lado. Por outro lado, [...] sendo a culpabilidade a forma ótima de limitação do poder sancionatório do Estado, *não é todavia a única*. Se fosse, o princípio da culpabilidade [...] teria que ser um princípio jurídico-constitucional de *todo* o ordenamento jurídico sancionatório (civil, administrativo etc.), e não o é. Outras formas existem, na verdade, que não a da exigência de culpabilidade em sentido jurídico-penal de limitação do poder do Estado, também elas podendo e devendo ser reconduzidas a expressões da eminente dignidade da pessoa. É o que sucede, nomeadamente, com o *princípio da proporcionalidade* [...] que preside, como sublinhei já, a aplicação de qualquer medida de segurança".

54 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General.* Trad. de Miguel Olmedo Cardenote. Granada: Comares, 2002. p 866. Aparentemente, a posição de Jescheck resulta um tanto refratária à tese da fraude de etiquetas que desmascarou o dualismo. Na verdade, **tanto** proporcionalidade **quanto** culpabilidade devem ser usados como princípios limitadores tanto da pena quanto da medida de segurança.

55 Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). S todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

56 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* cit., p. 691.

57 Nesse sentido a advertência de Muñoz Conde e García Arán: "[...] as medidas de segurança [...] podem ser representadas assepticamente [...] como medidas

‘benfeitoras’ dirigidas a «curar» o perigoso, porque este é um discurso legitimador de intervenções desmesuradas e carentes de limites, com o que se chega à denominada ‘fraude de etiquetas’, ou seja, a tolerar maiores limitações de Direitos e ausência de garantias na aplicação das medidas de segurança, com o argumento formal de que não são penas, sanções o castigos”. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*... cit. 4. ed. p. 595-596.

58 Para Roxin: “Um direito penal da culpa perde toda a sua credibilidade quando, através do simples fato de as rotular de ‘medidas’, impõe a seu bel-prazer enclausuramentos de longa duração sem qualquer respeito pelos limites do Estado de direito, em relação aos quais e só por eles é digno conservar-se o princípio da culpabilidade.” ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito penal*. 3. ed. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998. p. 42.

59 Veja-se nosso Paulo César Busato. *Fundamentos*... cit., p. 388 ss. Há, ainda, quem defenda que o limite máximo deva ser determinado pela pena aplicável ao caso concreto se o sujeito fosse imputável. Assim, por exemplo: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 652. Isso, porém, parece não ser possível, diante da exigência de que a fixação da pena obedeça circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, relativas ao sujeito, que estariam prejudicadas no caso dos inimputáveis.

60 Art. 98. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

61 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 695.

62 Art. 41. O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospi de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

63 Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevie doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

64 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 655.

Capítulo 18

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

INTRODUÇÃO

Para cada crime praticado, cada agente tem o direito de que o juiz proceda ao que se chama individualização da pena[1].

Uma vez que tenha sido um agente condenado por um crime, é dever do juiz e direito do condenado que haja um procedimento de individualização da pena que lhe for fixada. Assim, havendo vários delitos, deverá o juiz individualizar a pena de cada crime, oferecendo ao seu autor a pena que corresponde exatamente ao crime praticado. Havendo vários réus praticantes do mesmo delito, deverá o juiz individualizar a pena de cada um dos réus pelo delito por ele praticado.

É corolário do princípio de culpabilidade o direito do indivíduo a que o Estado se pronuncie a respeito da pena a que ele faz jus. Sabidamente, o princípio de culpabilidade representa a dimensão de *democracia* do Estado social e democrático de Direito,[2] assim, em qualquer Estado digno de ser chamado de democrático, a pena que corresponde ao autor de um delito deve ser individualizada, ou seja, deve ser fixada segundo características objetivas e subjetivas que permitam oferecer uma resposta pessoal como consequência da prática delitiva. Isso porque um Estado democrático é o que respeita as individualidades das pessoas e o que lhes reconhece os direitos fundamentais a partir da individualidade como ser humano.

Essa condição fundamental, relacionada ao princípio de culpabilidade, é o que exige que, para além dos elementos objetivos, relacionados ao fato, sejam também levados em conta, para a fixação da pena, elementos relacionados ao sujeito. Afinal, se a individualidade deve ser respeitada como fonte da expressão democrática do

princípio de culpabilidade, é obrigatório que as características pessoais – personalidade, conduta social, antecedentes – sejam consideradas a efeito de estabelecimento da reprimenda penal a que o indivíduo faz jus.

Desse modo, não parece bem direcionada a recente e usual crítica[3] ao emprego de características pessoais para fixação da pena, eis que esta é uma obrigação derivada do princípio de culpabilidade e verdadeiro *direito fundamental* do acusado.

Nesse sentido, Hassemer[4] refere que "os critérios de medição da pena [...] são critérios aproximados sobre o autor. Diferentemente dos critérios da punibilidade, eles obrigam de maneira típica o esclarecimento dos âmbitos mais vulneráveis da maioria das pessoas".

Como é fácil notar, as determinações pessoais constituem, no que tange à fixação da pena, um verdadeiro **direito do réu**.

Afirma ainda o prestigioso jurista alemão:

> "No âmbito da determinação da pena um retorno ao puro Direito penal do ato seria uma exigência ilusória e também injustificada. As tendências de orientação do Direito penal pelo autor [...] são antigas e profundamente justificadas. Elas modificaram o sentido não só do direito penal material e da determinação da pena, como também do Direito Processual penal. A execução penal e a recente ciência da execução penal, apesar de sua crise permanente a respeito da ideia de ressocialização – ou seja, da esperança de que o autor possa ser levado, por meio de uma medida social ou estatal, a uma conformação com a norma – poderia se tornar um motor propulsor da orientação pelo autor."[5]

Portanto, carece de sentido a crítica que por vezes se faz aos aspectos pessoais do agente levados em conta para a fixação da pena. Isso porque um *direito penal de autor* efetivamente prejudicial ao réu é aquele que incrimina as pessoas não pelo que fizeram, mas sim pelo que são. Trata-se, portanto, de uma discussão a respeito da imputação e não da fixação da pena. Evidentemente, ninguém pode ter responsabilidade penal atribuída em função de uma característica pessoal. Outrossim,

uma vez estabelecida objetivamente a existência da imputação, da responsabilidade penal pela prática de um fato, dentro da reprimenda que a ele corresponde objetivamente – também equivalente ao fato –, o estabelecimento da pena específica dentro dos limites previstos deve ser individualizada, levando em conta não apenas aspectos objetivos relacionados com o fato, mas também aspectos relacionados ao sujeito.

Aliás, é exatamente a noção do que significa a individualização da pena, o que faz com que magistrados de escol tenham reconhecido, em sede doutrinária, este direito, defendendo que a própria noção de “individualização da pena” traduz a exigência da inserção de aspectos relativos ao indivíduo na determinação da resposta punitiva[6].

1 O MÉTODO LEGAL

O art. 68 do Código Penal estabelece o caminho para encontrar a pena a ser aplicada ao condenado.[7] Com base nele e no disposto no art. 59 do Código Penal, é possível construir o seguinte roteiro, ao qual o juiz está necessariamente vinculado:

O primeiro passo é o da fixação da *pena-base*, observando as *circunstâncias judiciais* estabelecidas no art. 59 do Código Penal. É tomada a partir do *quantum* abstrato fixado para o crime, consideradas as variantes do art. 59 do Código Penal.

Depois de encontrar a pena-base, o juiz deverá considerar a existência das *circunstâncias atenuantes* (descritas nos arts. 65 e 66 do Código Penal) e das *circunstâncias agravantes* (definidas nos arts. 61 e 62 do Código Penal), com observância da regra do art. 67 do Código Penal no que se refere à preponderância de cada uma dessas circunstâncias em face das outras.

Como terceira etapa, o juiz deverá verificar a presença ou não de *causas de diminuição* e das *causas de aumento* de pena, previstas tanto na parte geral, quanto na parte especial do Código Penal.

Em seguida, havendo concurso de crimes, aplicam-se as regras relativas ao concurso formal, concurso material ou crime continuado.

Finalmente, em se tratando de pena privativa de liberdade, o juiz deverá

verificar a possibilidade de sua substituição por pena restritiva de direitos ou de multa e, caso não o possa fazer, fixará o regime inicial de cumprimento da privação de liberdade.

Vencida essa etapa, cumpre ao juiz verificar se é ou não o caso de suspender a execução da pena privativa de liberdade (*sursis*).

1.1 Circunstâncias judiciais. A fixação da pena-base

A primeira etapa é a da fixação da *pena-base*, durante a qual serão observadas as regras estabelecidas no art. 59 do Código Penal.

Essas circunstâncias, chamadas *judiciais*, deverão obrigatoriamente ser detalhadamente analisadas pelo julgador, que está obrigado a referir sua análise sobre cada uma delas, independentemente da existência ou não de elementos nos autos que permitam sopesá-las positiva ou negativamente. Caso não exista nada no processo referido ao tema em apreciação, o juiz deve mencionar o fato, ou seja, deve dizer que não contempla elementos diferenciadores a respeito do tema nos autos e, por isso, considera tal ou qual circunstância judicial neutra. Ou seja, mesmo para não levar em conta este ou aquele aspecto, o juiz deve referi-lo no momento da fixação da pena base.

As circunstâncias judiciais podem ser objetivas, referidas ao evento delitivo, como a participação da vítima, as circunstâncias do fato e as consequências, enquanto outras são subjetivas, referidas ao autor, como os antecedentes, a conduta social, a personalidade.

Não parece haver acerto em deslegitimar a consideração das circunstâncias judiciais subjetivas, e menos ainda qualificá-la de *direito penal de autor*. Muito pelo contrário. Ao excluir as circunstâncias judiciais subjetivas, se está tolhendo a individualização da pena como expressão social do sujeito apenado, ou seja, o princípio da culpabilidade, que exige a individualização da pena, está sendo afrontado de modo direto e, com ele, o Estado democrático. É necessário ressaltar que o princípio de culpabilidade cobra fundamental importância no Direito Penal moderno,[8] ainda que o instituto da culpabilidade esteja reconhecidamente em crise.[9]

De qualquer modo é claramente possível compreender o instituto de culpabilidade como uma síntese de garantias.[10]

Especificamente focado na fixação da pena, é forçoso reconhecer que o princípio de culpabilidade se expressa na necessidade de individualização da pena.[11] Afinal, sabidamente, a culpabilidade é individual e, portanto, cada pessoa tem, individualmente, direito à fixação de uma pena própria, ou seja, tem direito a exigir que o Estado, ao lançar-lhe uma pena, o faça de acordo e levando em consideração aspectos referidos exclusivamente a essa pessoa. É a ideia de individualidade, de respeito ao indivíduo enquanto tal, que, por um lado, consagra o princípio democrático[12] e, por outro, impede, por exemplo, a incriminação dos delitos de acumulação.[13]

O mesmo princípio de culpabilidade recorta esse individualismo, restringindo as possibilidades de derivar para um direito penal de autor. É que a culpabilidade é de cada sujeito, porém, sempre é referida a um fato. Ninguém é culpado pelo que é, mas somente pelo que fez. A culpabilidade, embora individual, vai referida a um fato. O princípio de culpabilidade coíbe, portanto, um Direito Penal de autor.[14]

Na verdade, o reconhecimento da pessoa humana como indivíduo importa valorar suas características para o direito e para as regras que regulam sua relação para com o Estado. A uniformização dos sujeitos a efeitos da tratativa estatal é característica básica dos regimes ditatoriais em que as pessoas não representam mais do que mera estatística.

Ocorre que esse momento é o da fixação da pena e não mais da imputação. Não se trata de um *direito penal do autor*, no sentido negativo da expressão, porque a imputação está resolvida. Aqui não se trata de incriminar conforme o autor, mas sim conforme a conduta. A condenação é referida ao fato. Porém, as relações entre o fato e seu autor e as condições pessoais e sociológicas do autor são extremamente relevantes, já que é princípio acolhido constitucionalmente,[15] o direito à individualização da pena. Não é possível individualizar a pena sem considerar aspectos relativos ao indivíduo. É óbvio que não está legitimada a incriminação das pessoas em virtude do que elas são. Isso seria evidentemente um *direito penal de*

autor. No entanto, aqui não se trata mais de imputar, mas sim de estabelecer a medida exata da reprimenda estatal em face **do fato** praticado especificamente por um autor determinado, conforme sua culpabilidade. A afirmação do princípio da culpabilidade na fixação da pena há de obedecer esses dois perfis. Há de se afirmar a culpabilidade do autor de modo a propor-lhe a pena segundo padrões individuais a que ele tem direito. Porém, essa individualização há de ter por norte, sempre, o fato praticado pelo sujeito.

Aliás, concorre nesse sentido a lição de Winfried Hassemer, valorizada pela circunstância de reunirem-se em sua pessoa as condições de penalista, filósofo e magistrado. Sustenta o autor alemão que "os critérios de medição da pena [...] são critérios aproximados sobre o autor. Diferentemente dos critérios da punibilidade, eles obrigam de maneira típica o esclarecimento dos âmbitos mais vulneráveis da maioria das pessoas".[16]

Na análise do âmbito da determinação da pena, Hassemer chega a dar outro sentido à expressão *direito penal do autor*, defendendo expressamente uma intensa subjetivação da fixação da pena, ao afirmar:

> "Um retorno ao puro Direito penal do ato seria uma exigência ilusória e também injustificada. As tendências de orientação do Direito penal pelo autor [...] são antigas e profundamente justificadas. Elas modificaram o sentido não só do direito penal material e da determinação da pena, como também do Direito Processual penal. A execução penal e a recente ciência da execução penal, apesar de sua crise permanente a respeito da ideia de ressocialização – ou seja, da esperança de que o autor possa ser levado, por meio de uma medida social ou estatal, a uma conformação com a norma – poderia se tornar um motor propulsor da orientação pelo autor."[17]

Note-se que, aqui, o autor está tratando especificamente da fixação da pena.

Aliás, em amplo e detalhado estudo da matéria, André Mauro Lacerda Azevedo[18] conclui que a análise dos elementos subjetivos para a fixação da pena é justamente o que faz reconhecer o homem como ser livre e é a forma de reconhecer

que o sistema não é indiferente à relação entre ele (réu) e o mundo.

Portanto, a culpabilidade é o princípio reitor da individualização da pena, vinculada às dimensões de razoabilidade e proporcionalidade, que são o que justifica a intervenção do Estado na apropriação do conflito. Afinal, como alerta Roxin[19], a conjunção entre a mensuração da pena e a dimensão da culpa é a forma mais liberal até hoje encontrada para imitar o exercício punitivo. Se o Estado pretende justificar-se como autorizado a substituir o ofendido no sentido de promover a justa penalização da ofensa perpetrada contra a vítima, sua atuação somente se justifica se, ao contrário do que seria a reação desmedida daquela, ele atuar de forma proporcional e razoável.

Tanto é assim que a melhor doutrina vem progressivamente fixando o entendimento de que a culpabilidade não há de ser apenas um dos elementos a serem considerados para a fixação da pena, mas sim o principal deles,[20] um verdadeiro filtro hermenêutico dos demais indicadores, posto que se trata de fixar, em sede de criminalidade secundária, justamente a pena que pode representar a reprovabilidade adequada para a espécie.

O mesmo perfil vem sendo adotado nas principais escolas jurídico-penais.

Para Jescheck, a culpabilidade representa efetivamente o critério reitor da individualização da pena. O processo de fixação da pena busca principalmente encontrar a pena mais adequada à culpabilidade do sujeito[21]. Do mesmo modo, refere Roxin que “a pena serve aos fins de prevenção especial e geral. Limita-se em sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode ficar abaixo desse limite desde que o tornem necessário exigências preventivo-especiais e a isso não se oponham as exigências mínimas preventivo-gerais”.[22]

Assim também, no Direito Espanhol, refere Muñoz Conde[23] que em todas as etapas de fixação da pena em que o juiz possui certa arbitrariedade – no Código Espanhol precisamente as chamadas de “pena abstrata” e “determinação quantitativa” – encontra-se limitado pela ideia reitora de culpabilidade, expressa na proporcionalidade.

1.1.1 A culpabilidade

Assim, o início da operação de fixação da pena, na pena-base, toma por guia a culpabilidade, entendida aqui como o grau de reprovabilidade da conduta, que é justamente o que constitui a relação do fato com seu autor. Assim, pode-se dizer que a culpabilidade funciona como pauta, como filtro interpretativo de todas as demais circunstâncias a serem analisadas.[24]

É necessário ter em conta o caráter subsidiário das circunstâncias judiciais. Aqui, elas devem ser consideradas apenas quando não coincidem com aspectos que serão avaliados nas etapas subsequentes das circunstâncias legais. Isso porque, presentes circunstâncias legais, o juiz está obrigado à sua consideração, não existindo aí nenhum nível de discricionariedade. E, uma vez que aí serão consideradas, levar os mesmos aspectos em consideração nas circunstâncias judiciais configuraria odioso *bis in idem*. Por outro lado, também é necessário ter em conta que as circunstâncias judiciais não podem ser analisadas a partir de dados próprios das elementares que compõem o tipo. Assim, por exemplo, não pode ser considerada como consequência grave, em um caso de homicídio, ter a vítima morrido, pois isso é justamente o resultado do tipo em questão ou, como infelizmente tem sido frequente[25], o valor substancial de um objeto no crime patrimonial.

A primeira circunstância judicial a ser aferida pelo juiz é a *culpabilidade*, que aqui é o grau da reprovabilidade da conduta do agente. É um juízo de intensidade da reprovação e não diz respeito a aspectos da culpabilidade como elemento do crime, afinal, o sujeito já está condenado. Dois crimes podem ter o mesmo marco penal, mas é claro que em seu conjunto, pode um deles ser mais reprovável que outro. A culpabilidade não é apontada como a primeira das circunstâncias judiciais por mero acaso. Trata-se de que ela é o filtro interpretativo das demais circunstâncias judiciais. Ou seja, o grau de reprovabilidade é o que determina a variável entre as demais circunstâncias. As perguntas a fazer, no momento da fixação da pena-base são: o quão reprovável é a atitude do sujeito, em face de seus antecedentes? O quão reprovável é a atitude do sujeito em face das consequências por ela geradas? O quão reprovável é a atitude do sujeito em face do comportamento da vítima? E assim, sucessivamente.

Por isso, como antes apontado, é um equívoco pretender um *plus* de pena-base

nos casos em que o crime patrimonial importou na subtração de um valor de alta monta. É que, intrinsecamente, não é o valor material da subtração patrimonial que desvalora o fato entre seus símiles, mas sim sua relação com as demais balizas. Assim, o valor que, subtraído inviabilizou um pagamento de contas atrasadas que gerou inscrição em cadastros de crédito pode ser uma desvaloração maior acerca das consequências, mas não da culpabilidade em si mesma. Nota-se claramente que os efeitos para as consequências não derivam do valor intrínseco do objeto, mas do que ele provocou para a vítima determinada.

1.1.2 Os antecedentes

Os *antecedentes* são os antecedentes criminais, aí considerados, por força do princípio de presunção da inocência, somente as condenações por crimes a penas privativas de liberdade, anteriores ao fato que está sendo julgado. Todos os demais eventos, sejam condenações posteriores ao fato que está sendo julgado, sejam meros registros sobre processos em curso, ou condenações a penas de multa ou derivadas de contravenções, não podem ser levados em conta a efeito de antecedentes.

Isso porque esses registros nada mais mostram do que a relação do sujeito com o sistema penal que, conquanto façam parte de sua vida, não representam antecedentes criminais. Essa interpretação veio recebendo intensa acolhida na jurisprudência e na doutrina brasileiras[26], a ponto de gerar o Enunciado nº 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte texto: "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Na verdade, o que se pretendia, com o enunciado, era evitar que registros que não contavam com trânsito em julgado pudessem contar, como antecedentes, para fins de pesar negativamente contra o réu, sob a forma de antecedentes. Havia razão para isso, pois a questão se relacionava com o princípio de presunção de inocência, uma das derivações do princípio de culpabilidade. Embora a pretensão fosse simplesmente de afastar o atentado contra o princípio de presunção de inocência, o texto acabou ficando mais abrangente, vedando completamente a consideração dos registros de feitos criminais em andamento, porque alguns julgados, ao afastar a consideração a respeito do tema

no âmbito dos antecedentes, os transferiam para a conduta social ou a personalidade, promovendo idênticas desvalorações.

O problema, no entanto, estava menos em situar aqui ou ali os registros, mas sim em sopesá-los sempre de modo negativo, em desfavor do réu. Partia-se da presunção equivocada de que se houvesse registros de apurações criminais contra alguém, essa pessoa deveria receber uma carga penal maior que outra que não os possuísse. Ocorre que, por exemplo, a um vizinho mal-intencionado seria possível sucessivamente abrir expedientes falsos no Juizado Especial Criminal sobre perturbação do sossego, ameaça etc., os quais, futuramente, resultariam em nada, por falta de provas, e gerar um prejuízo enorme para aquele que teve contra si tais falsos registros lavrados.

É importante notar que a presença de antecedentes não necessariamente significa que a balança da pena deva pesar em desfavor do condenado. É necessário analisar o tema contextualizadamente, o que significa verificar as condicionantes sociológicas do apenado, no contexto do chamado princípio de coculpabilidade ou culpabilidade social, distribuindo a carga de reprovação entre o indivíduo e a sociedade, de acordo com o domínio de um e de outro a respeito do comportamento em questão. Uma análise completa comporta discutir o histórico social de oportunidades do indivíduo e sua relação com o sistema repressor. Tampouco parece lógico presumir sempre que os antecedentes devem constituir fator positivo, pesando em favor do condenado, na análise das circunstâncias judiciais. Isso soaria completamente estapafúrdio, por exemplo, no caso de nova condenação por sonegação fiscal, daquele que anteriormente já foi condenado por tal crime e que, no entanto, dada sua condição social e econômica, teve todas as oportunidades de socialização e ressocialização como egresso.

Daí que, em primeiro lugar, nenhum registro antecedente, por si só, traduz um valor negativo. É preciso contextualizá-lo para levar a considerar positiva ou negativamente em face do sujeito tais registros, para os fins de verificar se o fato é mais reprovável em face dos antecedentes do sujeito ou menos reprovável em face dos antecedentes do sujeito.

É sabido que o sistema punitivo degrada socialmente o indivíduo, promovendo

um alto potencial de dessocialização.[27] Esse fator não pode passar despercebido nas considerações a respeito dos antecedentes. Assim, um indivíduo que passou pelo sistema penal pode ser afligido mais gravemente, por exemplo, em sua empregabilidade, como egresso e, em um caso de furto, pode ter a pena atenuada em face de terem sido reduzidas suas possibilidades de obter licitamente os valores destinados à sua subsistência, por força da condenação anterior. O Estado que foi o responsável por sua dessocialização não pode, depois, utilizar os efeitos desta em desfavor do próprio sujeito.

Temos, pois, que os antecedentes, em verdade, deverão ser tidos em consideração tanto em favor do sujeito quanto contra, conforme o caso.

Por outro lado, também é certo que a insegurança do registro de um procedimento sem trânsito em julgado nada assegura. Nem a favor, nem contra o envolvido. Assim, é preciso o trânsito em julgado do caso para que se possa tomar em conta, sempre contextualizadamente, tal condenação.

Mas há ainda outro recorte a ser feito, para o qual foi dirigida pouquíssima atenção de parte da doutrina. É que o sistema de fixação da pena (arts. 61, inciso I, e 64 do Código Penal) estabelece que uma condenação havida em prazo não superior a cinco anos do cumprimento da pena anterior caracteriza a reincidência, que é circunstância agravante genérica e, por outro lado, estabelece ser possível a declaração de reabilitação do condenado (art. 94 do Código Penal) quando passados dois anos da condenação, cumpridas certas condições, tenha mantido bom comportamento, o que inclui, por óbvio, a vedação a nova prática delitiva.[28]

Decorre da conjunção desses dois dispositivos que uma condenação ocorrida há mais de cinco anos, preservados os requisitos da reabilitação, jamais poderia ser considerada antecedentes, em desfavor do réu, a menos que fosse admitida a flagrante incongruência entre a afirmação do Estado de que ele está reabilitado e, ao mesmo tempo, ele ser merecedor de uma pena diferenciada entre ele e aqueles que jamais foram condenados.

A par disso, a reincidência, como será visto mais detalhadamente nos comentários específicos sobre as circunstâncias agravantes, não se sustenta como

fonte unicamente de um agravamento de pena.

Desse modo, a filtragem pelo princípio de presunção de inocência faz remanescer, como lídimo, a efeitos de serem consideradas como antecedentes criminais, somente as condenações com trânsito em julgado que não foram objeto de declaração de reabilitação. Ainda assim, tais condenações devem ser estudadas de modo contextualizado, com vistas a aferir se devem ser consideradas circunstâncias judiciais favoráveis ou desfavoráveis ao réu.

1.1.3 Conduta social

A *conduta social* se refere a todo o histórico de vida social do condenado. Como ele se relaciona na sua vizinhança, no seu trabalho, na sua família, sua interação com o sistema penal, os registros policiais e judiciais que não configuram antecedentes, que inegavelmente fazem parte da vida do condenado[29]. Aqui também, esses registros devem ser analisados desde um ponto de vista do princípio de coculpabilidade, ou seja, não necessariamente serão positivos ou negativos. Eles podem, inclusive, revelar características de opressão do sujeito pelo sistema, capazes de atenuar sua pena.

De modo geral, trata-se de obter, do processo, dados sobre a vida de relação do réu, sobre o modo como vive e se relaciona com as pessoas.

Essa circunstância está claramente vinculada ao propósito declarado da pena de *ressocialização*. A ideia básica contida por trás dessa valoração é a de que, quanto mais ajustado socialmente é o réu, menor a sua necessidade de pena.

Considerando, porém, que o processo de passagem pelo sistema punitivo produz dessocialização, seria de questionar a necessidade – *contrario sensu* – de um aumento de pena justamente para aquele que tem uma conduta social pior, já que nele a potencialização da dessocialização conduziria a um resultado não alvitrado nem pelo condenado, nem pela sociedade.

É comum que se procure fazer prova testemunhal a respeito da conduta social do sujeito, mas não é inválida a juntada de declarações de pessoas que conhecem o réu do ambiente de estudos, de trabalho ou vizinhança.

Se a situação é de fixação da pena de alguém que permaneceu preso no curso do processo, os dados a respeito de seu comportamento prisional também devem ser considerados. Isso porque, ao referir-se o legislador à *conduta social*, significa uma análise judicial de todas as relações sociais do indivíduo, ou seja, de todos os ambientes em que ele se vê compelido a relacionar-se com outras pessoas. O cárcere também proporciona a relação de convivência com outros detentos e com os vigias da detenção.

1.1.4 Personalidade

A análise da *personalidade* é relativa às qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social.

Há muitos precedentes judiciais[30] negando a possibilidade de levar em conta a personalidade do réu como circunstância judicial. Invariavelmente, tais decisões referem à incapacidade do juiz de efetuar uma análise dessa ordem, que exigiria um conhecimento técnico de ordem psicológica. Algumas decisões inclusive afirmam que a demonstração da personalidade do réu seria pendente de um laudo pericial psicológico, que seria inclusive um encargo probatório do Ministério Público.

Na verdade, o conceito jurídico de personalidade a que refere o art. 59 não tem por que ser o mesmo conceito psicológico ou psiquiátrico de personalidade, isso porque tal conceito é algo que, nessas ciências, não goza de uniformidade, nada oferecendo para o direito como suporte seguro para a avaliação de algo tão importante quanto a carga penal.[31] Isso leva, ao contrário da solução simplista proposta por alguns de simplesmente abandonar o conceito, à necessidade de afirmá-lo em bases diversas daquelas afirmadas pela psiquiatria ou psicologia. Não há, nessa postura, nenhum inconveniente. A uma, porque não é inusitada, já que o legislador tem por praxe a utilização de certos termos para expressar conceitos jurídicos que se contrapõem ao conhecimento de outras áreas do conhecimento, como, por exemplo, o conceito de morte presumida, do direito civil, que certamente não faz, para um médico, nenhum sentido. A duas, é princípio hermenêutico que o legislador não utiliza

palavras inúteis e, certamente, não pretendeu incluir a personalidade como elemento legal e obrigatório da fixação da pena para que ela fosse absolutamente desprezada.

Por tais razões, é francamente admitido pela doutrina que o juiz não pode ater-se, na análise da personalidade, a um conceito psicológico ou psiquiátrico, mas meramente jurídico, conforme ilustra a análise dos magistrados que se ocuparam doutrinariamente do tema.[32]

A análise da personalidade deve ser feita segundo elementos aferíveis no curso do processo que digam respeito à sua maneira de agir e de ser.[33]

Guilherme Nucci elenca em sua obra sobre fixação da pena um vasto catálogo de elementos dos quais o juiz deve valer-se para a fixação da pena base, ao analisar a personalidade do réu, os quais podem ser vistos tanto positiva quanto negativamente:

> "São exemplos de elementos da personalidade, que se pode buscar na análise do modo de ser do autor da infração penal: a) aspectos positivos: bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza, honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom-humor, compreensão, simpatia; tolerância, especialmente à liberdade ação, expressão e opinião alheias; b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional. Insensibilidade acentuada, emotividade desiquilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, distração, inquietude, esnobismo, ambição desenfreada, insinceridade, covardia, desonestidade, imaturidade, impaciência, individualismo exagerado, hostilidade no trato, soberba, inveja, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade. Naturalmente, muitos desses fatores, quando isoladamente considerados ou mesmo quando não repercutem no desrespeito ao direito de terceiros, devem ser concebidos como frutos da liberdade de ser e de se expressar do indivíduo. Porém, ao cometer um crime, especialmente se a característica negativa de sua personalidade for o móvel propulsor – como a inveja incontrolável ou o desejo de praticar maldade – deve se levada em conta para o estabelecimento da pena."[34]

Cezar Roberto Bitencourt não diverge, citando, em respaldo ao seu posicionamento, lição de Aníbal Bruno, que deixa claro qual deve ser a classe de análise procedida pelo juiz a respeito da personalidade do réu.[35]

Aliás, este é exatamente o entendimento da doutrina espanhola em geral, bem representada pelas palavras de Quintero Olivares:

> "O rechace formal ao 'Direito penal de autor' não significa que a *personalidade do delinquente* seja algo irrelevante para o Direito penal moderno. Pelo contrário. Dentro do marco punitivo que deriva do delito cometido, a personalidade do autor deve ser tomada em consideração de diferentes maneiras. Será esta personalidade, junto com outros elementos, a que deverá ser valorada para a medição da pena concretamente imponível, para conceder ou não a suspensão da execução da pena e para, na execução da pena, conceder a progressão de regime. [...] Mas tanto isso quanto a escolha da pena e tratamento penitenciário não são Direito penal de autor, posto que em ambos os casos se respeita o princípio de que a lei penal só intervém em função da comissão de um fato concreto. [...] Que o Direito penal tenha em conta a personalidade do autor não é o mesmo que fundamentar o castigo nessa personalidade [...]"[36].

Assim, como é fácil notar, há farto manancial teórico a amparar a ideia de que o juiz não está condicionado a nenhuma classe de análise psicológica, mas sim meramente jurídica. Com efeito, caso fosse exigível perícia técnica do juiz em matérias desse jaez, teria ele, para fixar a pena, ao considerar a conduta social, de valer-se de um assistente social ou sociólogo; para avaliar as consequências para a vítima, de um psicólogo; para avaliar o grau de reprovabilidade da conduta, de um estatístico; e, certamente, seria completamente incapaz de realizar a fixação da pena. Não é esse, claramente, o escopo do legislador. Aliás, fosse necessária a perícia para a análise da etapa estática da individualização da pena, não teria sentido que na etapa dinâmica a mesma exigência não figurasse. Ou seja, caso fosse exigível a perícia para

se estabelecer a pena cujo cumprimento será iniciado pelo réu, mais sentido ainda teria exigi--la quando dos incidentes processuais de execução relativos à progressão. No entanto, não é assim que procede a lei, que recentemente extirpou a exigência do exame criminológico para o deferimento da execução da pena. Ademais, mesmo que se exigisse um tal laudo, é sabido que o juiz a ele não ficaria adstrito para proferir sua decisão.

1.1.5 Motivos

Os *Motivos* devem ser avaliados em caráter subsidiário, somente quando não constituem elementos do delito (dolo ou elementos subjetivos especiais); ou qualificadoras (por exemplo, o motivo fútil, no homicídio); agravantes ou atenuantes genéricas (por exemplo, o motivo fútil para os crimes em geral e a provocação da vítima); ou ainda causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena (por exemplo, o motivo de relevante valor social ou moral no homicídio).

Dificilmente remanescerá algum motivo relevante penalmente que não seja passível de enquadramento em nenhuma das hipóteses aventadas.

Nesse primeiro momento, os motivos que devem ser analisados dizem respeito aos antecedentes causais psicológicos que norteiam o comportamento do sujeito. Os motivos podem qualificar a própria conduta, no sentido positivo ou negativo, vale dizer, no sentido reprovador ou enobrecedor (por exemplo: Antônio agrediu Jorge, provocando-lhe lesões corporais, porque este, ex-namorado de sua filha, enviou – sem nenhuma intenção de ofender – um convite de seu casamento com a rival para a ex-namorada, magoando-a, todavia, profundamente. Diante da tristeza da filha, o pai não relutou e agrediu o ex-namorado, antes de seu casamento. A motivação do pai não pode ser considerada fútil, insignificante, diante do sofrimento de sua filha. Não pode, igualmente, ser considerada de relevante valor moral, nem social. O motivo do crime – reagir ao sofrimento da própria filha –, não qualifica, não privilegia, nem justifica a conduta do pai, pelo que deverá ser considerado em seu favor no momento da fixação da pena-base, ainda porque não poderá ser compreendido como atenuante, na segunda etapa, já que não houve *provocação* da vítima).

Tem sido bastante comum a discussão ao redor da questão da motivação de obtenção de *lucro fácil*, especialmente em crimes contra o patrimônio.

Alguns Tribunais[37] têm optado por afastar a consideração negativa da cobiça, por entenderem que se trata de uma motivação ínsita aos tipos dos crimes contra o patrimônio.

Não parece correta a interpretação.

Não se pode falar que o lucro fácil é inerente aos crimes contra o patrimônio. Tome-se como exemplo o tipo do crime de furto (art. 155 do Código Penal). O enunciado da pretensão conceitual de relevância não faz qualquer menção a essa motivação: *"Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*". Não há elemento subjetivo específico no tipo de ação indicando a necessidade de que o furto seja praticado para obtenção de lucro fácil. O mesmo ocorre no roubo, na apropriação indébita, no estelionato etc.

A mais variada doutrina, inclusive alemã,[38] ao comentar o delito previsto no art. 155 do Código Penal, deixa claro que não há no tipo subjetivo do crime de furto qualquer elemento subjetivo referente ao "lucro fácil".

Considerar que o lucro fácil é normal a essas espécies delitivas é ignorar a possibilidade de que um furto, um roubo ou um estelionato ocorra por outro motivo negativo, tal como a vingança ou a raiva, por exemplo. A prevalecer a tese que considera o "lucro fácil" elemento do tipo como especial fim de agir, o agente não praticaria conduta típica se não agisse com essa finalidade, de obter "lucro fácil". Não agindo ganânciosamente, um elemento do tipo não estaria preenchido e, por conseguinte, a conduta de subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel (no caso de furto, por exemplo) seria atípica. Um furto praticado por vingança ou inveja, por exemplo, não seria subsumível ao tipo.

Acontece que é perfeitamente possível que alguém realize um crime contra o patrimônio para satisfazer interesse pessoal diverso da ganância, como por exemplo, obter valores para a compra de objetos imprescindíveis à sua subsistência. Definitivamente, o tipo em questão não exige qualquer *animus lucrandi*.[39]

1.1.6 Circunstâncias

As *circunstâncias do crime* também devem ser vistas subsidiariamente, porque não podem coincidir com as circunstâncias agravantes dos arts. 61 e 62 do Código Penal, nem as atenuantes dos arts. 65 e 66 do Código Penal, as quais serão examinadas na segunda fase da aplicação da pena, nem aquelas que importam em causas de aumento ou de diminuição, que serão objeto de consideração na terceira etapa, características de certas infrações penais, como "*durante o repouso noturno*", "*em lugar ermo*", "*com o emprego de arma*" etc.

As circunstâncias de que trata o art. 59 são elementos acidentais outros que não integram os tipos, nem influem na agravação atenuação, aumento ou diminuição expressamente previstos no Código Penal, mas que, nem por isso, deixam de importar para a busca da pena justa. Por exemplo, se Antônio mata João, que sempre lhe devotara profunda amizade e respeito, essa é uma circunstância desfavorável ao condenado que o juiz deverá levar em conta no momento da aplicação da pena. Se, todavia, João, antes, traíra o antigo e fiel amigo, tal circunstância só poderá favorecer o condenado.

1.1.7 Consequências

A s *consequências do crime* são também outras que não coincidam com as etapas subsequentes e que *não* sejam aquelas que são próprias de cada delito, como a perda da vida, no homicídio, o prejuízo para a saúde da população no tráfico ilícito de entorpecentes etc. Assim, a morte de um cientista que trabalha na descoberta de uma importante vacina contra uma doença incurável, apesar de ser tão ilícita e injusta quanto a morte de qualquer recém--nascido, traz prejuízos indiscutivelmente maiores para a sociedade. As consequências de todo e qualquer crime são, por isso, graduáveis, e quando causadoras de grandes prejuízos aos homens ou à sociedade, importarão em reprimenda maior ao condenado.

As consequências podem também ser as sofridas pela própria vítima. Existe uma discussão a respeito de se a recuperação, *a posteriori*, dos bens que foram objeto de furto ou outros crimes contra o patrimônio pode ser considerada favoravelmente ao

réu, eis que seria diferente caso o patrimônio restasse diminuído de modo definitivo.

Existem vários fatores a serem considerados na hipótese. Por exemplo, os casos de tentativa de delito devem ser excluídos, pois há uma redução específica referente à tentativa, que tem relação exatamente com a diferença da graduação do ataque ao bem jurídico, daí que seja ela uma causa geral de diminuição de pena.

De outro lado, é completamente irrelevante a pretensão de evitar o prejuízo da vítima por parte do criminoso. Isso porque as consequências constituem uma circunstância judicial objetiva, dizendo respeito unicamente ao fato e não à postura do autor. Ademais, a eventual pretensão de evitar o prejuízo da vítima por iniciativa do autor é contemplada com uma causa geral de diminuição, que é o arrependimento posterior.

Outro recorte ainda deve ser feito, referindo-se ao tipo. Se o tipo penal prevê materialmente uma consequência determinada (por exemplo, a lesão ao patrimônio no furto e no roubo, o prejuízo à saúde nas lesões corporais, a perda da vida, no homicídio, o trauma psicológico, no estupro etc.), é óbvio que essa consequência não poderá importar em um desvalor maior da pena base. Se é assim, o aspecto inusitado de que eventualmente a consequência natural do crime, por circunstâncias aleatórias, possa ser revertida (a recuperação da *res furtiva*, a recuperação clínica da lesão, a recuperação psíquica do trauma pela violência sexual etc.), tampouco pode ser considerada em favor do réu.

As consequências a serem avaliadas devem ser aquelas que não se relacionam diretamente com o tipo. Por exemplo, as lesões corporais perpetradas contra um campeão olímpico, que o retiram da competição às vésperas desta, ou o furto que impede que a vítima disponha de valores que empregaria em um leilão. Note-se que a recuperação física depois que a competição passou ou a recuperação patrimonial depois que a peça almejada já foi vendida mantém incólume o prejuízo sofrido.

A influência do *comportamento da vítima* na fixação da pena é pequena concessão feita pelo legislador em favor de aspectos vitimológicos.

São consideradas outras atitudes das vítimas que, sem justificar, nem desculpar o comportamento do agente, e tampouco ou atenuar a pena, contribuem, de algum

modo, para a ocorrência do fato e, se assim for, funcionarão em favor do condenado, quando da fixação da pena. Por exemplo, o fato de a vítima ter deixado aberto o carro furtado, com a chave na ignição, ou o marido assassinado pela esposa que possui um histórico de violência doméstica contra ela.

Se poderia sustentar que essa circunstância somente pode ser levada em consideração a favor do réu e, se a vítima não contribuiu de modo algum para o crime, deverá ser reconhecida a circunstância como neutra. De qualquer modo, ela jamais pesaria em desfavor do réu.

Porém, não parece correta esta interpretação, por razões lógicas, mais do que jurídicas. É que se trata de uma circunstância judicial. Em princípio, todas as circunstâncias judiciais têm por característica essencial poderem ser consideradas contra e a favor do réu. Caso ela fosse considerada apenas em favor do réu, deveria constituir uma atenuante genérica e não uma circunstância judicial.

O equívoco parece residir na evidente injustiça de sopesar contra o réu aquela situação em que a vítima em nada contribuiu para o crime. É que essa análise leva em conta apenas a contribuição da vítima para que ocorra o crime e não a contribuição da vítima para evitá-lo.

Observe-se que o legislador não faz referência ao comportamento da vítima *para incitar ao crime*, mas simplesmente menciona o *comportamento da vítima.* Pode ser que a vítima tenha tomado um especial cuidado para evitar o crime e ainda assim tenha sido atingida por este, quando, por exemplo, adiciona ao seu veículo um sistema de alarme, uma trava de volante, um dispositivo de segurança para cortar o combustível, e ainda assim o veículo é furtado. Nesse caso, não há dúvidas que o comportamento da vítima foi de dotar de maior segurança o objeto do furto e ela contribuiu, com tal comportamento, para evitá-lo, o que levou a uma maior agressividade delitiva do autor, devendo ser sopesada em seu desfavor.

Assim, parece que o correto, como circunstância judicial, seja levar em consideração o comportamento da vítima, no que diz respeito à sua atitude para evitar ou contribuir para a existência do delito apurado, podendo pesar em favor ou em desfavor do réu tal comportamento. Quando a vítima simplesmente não contribuiu

para o crime, nem de modo especial, procurou evitá-lo, a circunstância permanece neutra, não devendo implementar nem um especial aumento, nem uma especial diminuição de pena.

1.2 O cômputo das circunstâncias judiciais

A fórmula de análise das circunstâncias judiciais não deve ser através da elaboração de duas colunas, de débito e crédito, meramente quantitativo, nem tampouco meramente matemático, dividindo a diferença entre a pena máxima e a mínima pelo número de circunstâncias. Essas posturas não proporcionam a correta *individualização da pena*. Esta só se obtém por uma análise *qualitativa*, filtrando-se cada uma das circunstâncias pelo foco da culpabilidade. Ou seja, a análise das circunstâncias judiciais deve ser efetuada pondo em destaque aqueles elementos que mereceram uma especial consideração do magistrado para fins de fixação de uma pena base nos patamares que resolveu estabelecer.

Assim, o juiz deverá explicitar o que levou em consideração (ou porque deixou de considerá-lo) a respeito de cada uma das circunstâncias judiciais, ditando, ao final, um *quantum* para a pena-base.

Não é necessário que o juiz estabeleça um *quantum* específico da pena que corresponde a cada circunstância judicial, mas é de todo recomendável que deixe claro quais delas considerou qualitativamente preponderantes para chegar à pena em que chegou.

Especificamente quanto à nova lei de drogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006), convém referir que o art. 42 determina que no momento da fixação das penas – inclusive no que refere à pena-base –, deverá o juiz considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais ditadas no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, além de, entre as próprias circunstâncias judiciais do art. 59, dar preponderância à personalidade e à conduta social do agente. Do mesmo modo, a alteração legislativa havida no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997), pelo advento da Lei 13.546, de 19 de dezembro de 2017, inseriu dispositivo específico no art. 291 do CTB, especificamente um § 4º

que determina que, nos casos de crimes de trânsito o juiz, ao fixar a pena, na análise das circunstâncias judiciais deverá levar em conta especialmente a culpabilidade, as circunstâncias e consequências do crime.

Apesar dessa larga discricionariedade, há obrigações e limites para o juiz.

Em primeiro lugar, há o limite máximo e o limite mínimo de pena em abstrato fixadas para cada delito que não podem, de modo algum, ser ultrapassados.

E também há a situação de uma única circunstância discrepante. É possível que todas as circunstâncias judiciais analisadas sejam favoráveis ao réu, exceto uma. Do mesmo modo, é possível que todas as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis ao réu, exceto uma.

Nesse caso, em função do princípio de proporcionalidade, jamais poderá o juiz tocar o limite mínimo ou o limite máximo da pena base em abstrato. Isso porque, se todas as circunstâncias forem desfavoráveis, exceto uma, e o juiz fixar a pena no máximo, quanto ele fixaria se todas fossem desfavoráveis? Do mesmo modo, se todas as circunstâncias forem favoráveis, exceto uma, e o juiz fixar a pena no mínimo, quanto ele fixaria se todas fossem favoráveis?

É evidente que não se pode comparar os sujeitos que efetivamente possuem todas as circunstâncias judiciais a seu favor ou contra si com aqueles que possuem apenas uma contra si ou em seu favor. Igualar o tratamento destes seria tratar de modo igual pessoas desiguais, em evidente prejuízo da individualização ditada pelo princípio de culpabilidade.

Assim, nos casos de uma única circunstância judicial discrepante, deve o juiz obrigatoriamente afastar-se do mínimo e do máximo da pena-base em abstrato, por força da obrigação de individualização da pena, que é direito fundamental do réu.

2 CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS AGRAVANTES E ATENUANTES

Fixada a *pena-base*, o juiz deverá passar a aplicação das *circunstâncias agravantes e circunstâncias atenuantes* elevando ou decrescendo a quantidade da pena-base, sem, no entanto, poder ultrapassar os limites mínimo e máximo da pena. Essa segunda etapa deve obedecer qualitativamente a fórmula do art. 67 do Código

Penal, dando prevalência aos motivos determinantes do crime e à personalidade do agente, porém, negando consideração à reincidência, cuja aplicação, como veremos, é completamente injustificada. De todo modo, importa ressaltar que o dispositivo em questão contempla ínsita uma decisão político-criminal completamente ajustada à ideia de que a individualização da pena não pode prescindir de aspectos relativos ao sujeito o que é, como visto na introdução deste tópico, corolário do princípio de culpabilidade.

A razão para que os limites mínimo e máximo não sejam ultrapassados é que, embora as circunstâncias obriguem o juiz a alterar a pena, não há *quantum* previamente delimitado. Assim, caso outra fosse a interpretação, restaria a fixação da pena colocada completamente à mercê do juiz para uma redução até uma pena nula ou um aumento até uma pena ilimitada.

A matéria é sumulada pelo STJ, nos seguintes termos: Súmula 231: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Parte da moderna doutrina[40] tem advogado permitir-se o rompimento da barreira inferior do limite mínimo diante da presença das atenuantes quando a pena base é mínima, negando a possibilidade de fazer o mesmo com a pena máxima.

Os argumentos são vários, merecendo ser comentados um a um.

Em primeiro lugar, se sustenta que em qualquer circunstância a pena deverá ser atenuada diante da existência de exigência específica do art. 65 do Código Penal, que utiliza o advérbio *sempre* para determinar a redução penal, razão pela qual sua não utilização violaria o princípio da legalidade.

Trata-se de argumento simplista, que poderia ser facilmente contestado, posto que a expressão *sempre* é utilizada também para definir o art. 61, relativo às agravantes genéricas. Ora, o *sempre* há de ser interpretado restritivamente, inclusive porque muitas atenuantes e agravantes constituem *bis in idem* em face de elementares do tipo qualificadoras e causas especiais ou gerais de aumento e diminuição.

Sustenta-se ainda que não existe nenhum impedimento legal ou constitucional para que as circunstâncias atenuantes conduzam à fixação da pena de prisão aquém do

mínimo legal.

O impedimento legal tampouco existe para as agravantes. O impedimento, aqui, não é legal, é lógico, pois tornaria ilimitado o poder do juiz, a ponto de poder aumentar indiscriminadamente a pena, ou reduzi-la a zero.

Na *praxis* forense, chegou-se a levantar que não deve haver submissão à Súmula porque os juízes não podem ser meros reprodutores das decisões das instâncias superiores. Sem dúvidas, a Súmula não deve vincular o intérprete, do contrário, estaríamos condenados a uma hermenêutica estabilizante e contrária à evolução. Porém, ao contrariar entendimentos consagrados, é necessário fazê-lo com um mínimo de consistência argumentativa.

Finalmente, argumenta-se que a não aplicação da atenuante, em tais hipóteses, vulneraria o princípio da individualização da pena. Muito pelo contrário. Os limites máximo e mínimo são estabelecidos justamente para que eventuais abusos ou protecionismos não tenham lugar na fixação da pena. O que aconteceria com uma pena-base máxima que fosse sucedida por agravante? Obviamente, tampouco poderia haver ultrapassagem do limite. Trata-se da existência de limites mínimos e máximos de reprovabilidade que representam a pretensão de proporcionalidade e coerência interna do sistema, já tão vilipendiada pelo excesso de legislações especiais.

Assim, resultam improcedentes os argumentos contrários à Súmula.

Finalmente, se não por essas razões, ao menos por coerência sistemática e equilíbrio não é possível pretender essa alteração unilateral de regras de fixação de pena sem flagrante prejuízo a um mínimo de segurança jurídica e sem reconhecer a abertura de portas ao arbítrio e à instalação de privilégios.

Finalmente, cumpre observar que o juiz não fica adstrito às agravantes e atenuantes alegadas pelas partes, podendo – e devendo – reconhecê-las *ex officio.* A razão é elementar. O juiz tem por dever individualizar a pena. Como essa tarefa é sua e indeclinável, não lhe é dado dela esquivar-se. Note-se que a norma secundária dos tipos incriminadores é dirigida ao juiz, gerando-lhe o dever de atuação no sentido de, uma vez demonstrada a necessidade da imputação, cujo reconhecimento judicial se dá a partir de uma posição equidistante das partes, proceder à fixação das penas.

Ao proceder a análise das agravantes e atenuantes genéricas, o juiz só mencionará na sentença aquelas que eventualmente vislumbre presentes, não fazendo qualquer referência àquelas que não sejam encontradas no caso concreto.

O cômputo deve ser realizado em quantificação específica, correspondendo a cada uma das agravantes e atenuantes identificadas no caso, todas em valores concretos e não em frações da etapa anterior. As fórmulas debatidas na doutrina são múltiplas, mas todas elas implicam certos problemas, exceto a opção indicada, já que cada atenuante ou agravante terá um valor específico considerado e descrito pela individualização[41]. O cômputo simultâneo de agravantes e atenuantes exige compensação uma vez que a aplicação de ambas deve dar-se de modo simultâneo em valores específicos. Esta opção elimina completamente a necessidade de discutir a ordem de cômputo entre agravantes e atenuantes e também os problemas que podem advir da aplicação do enunciado sumular 231 do Superior Tribunal de Justiça[42].

2.1 Das circunstâncias agravantes genéricas

As circunstâncias agravantes estão definidas nos arts. 61 e 62 do Código Penal e só serão consideradas nessa segunda fase, quando não integram os tipos legais de crime, como um de seus elementos ou qualificadoras, nem constituem uma causa geral ou especial de aumento de pena.

Vale dizer: as circunstâncias agravantes – como de resto, também as atenuantes – são subsidiárias em face da primeira e da terceira etapas de fixação da pena, somente tendo incidência quando não fazem parte de nenhuma das outras duas etapas de fixação da pena.

2.1.1 A reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal)

O conceito de reincidência é dado pela lei. O art. 63 do Código Penal menciona que "*verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*".

Assim, só é possível falar em reincidência diante de uma repetição de

condenação por crimes. A condenação por contravenção penal não é considerada a efeitos de reincidência. Reincide apenas aquele que, condenado definitivamente pela prática de crime, volta a praticar crime.

No entanto, o próprio Código Penal, no art. 64, faz um recorte na possibilidade de consideração, a efeitos de reincidência, das condenações por crime anterior, na medida em que prescreve que não prevalecem, para fins de reincidência, as condenações havidas anteriormente, se entre a data do cumprimento da pena anterior ou de sua extinção e a data do cometimento do novo crime houver transcorrido período de tempo superior a cinco anos. Assim, as condenações cuja pena tenha sido cumprida há mais de cinco anos não são computadas a efeitos de reincidência.

Ademais, a efeitos de tal prazo, devem ser considerados o tempo relativo ao período de provas da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, se não houver revogação.

Finalmente, não se considera, para efeitos de reincidência, os crimes militares próprios e os crimes políticos. Isso porque trata-se de duas justiças especializadas que figuram à parte da justiça comum.

Desse modo, se o sujeito for condenado com trânsito em julgado e tiver a execução de sua pena suspensa, o prazo da suspensão deverá ser somado ao prazo decorrido após a extinção do feito pelo cumprimento das condições da suspensão, a efeitos da contagem do período de cinco anos capaz de desqualificar a reincidência. Do mesmo modo, se parte da sentença foi cumprida em livramento condicional, esse período de livramento deve ser acrescido ao período de tempo após o cumprimento da pena, a efeitos de computar o prazo de exclusão da reincidência.

Nos dois casos, se for revogado o benefício – livramento ou *sursis* –, o período deixa de ser computado.

A razão para essa regra reside na ideia de que a reincidência é tratada como uma agravante e, portanto, constitui uma resposta negativa para o réu em função de que ele volta a praticar delito. A passagem do tempo de cinco anos sem prática de novo crime, por outro lado, representa um período em que, ao menos teoricamente, o sujeito demonstra estar socialmente reintegrado, pelo que seu passado negativo é

desprezado. A revogação do *sursis* ou do livramento condicional, em contrapartida, deriva necessariamente da prática de fatos que evidenciam a desobediência às regras impostas para o processo de reinserção social projetado. Assim, a revogação dos benefícios demonstra a falta de adaptação à proposição legal de regras de convivência, fazendo com que o período perca justificativa material para ser computado em favor do condenado.

É claro que essas regras, conquanto sejam intrinsecamente lógicas, estão vinculadas à falsa suposição de que a pena tem o condão de promover a reintegração social.

A despeito de outras considerações criminológicas a respeito da pena, que aqui perdem razão de ser, o próprio instituto da reincidência como agravante genérica carece de fundamentação material lógica, não podendo legitimamente ser levado em consideração. A razão é simples.

A reincidência não pode configurar por si só um *quantum* de pena, já que seria essa pena derivada do crime anterior, chegando a um insuportável *bis in idem.* Isso porque uma fração da pena – aquela que equivale ao aumento proporcionado pela agravante genérica da reincidência – deriva integralmente de outro crime, cuja pena foi completamente cumprida pelo apenado.

As circunstâncias agravantes provocam a adição de tempo à pena base. Essa adição de tempo deve ter, obrigatoriamente, um fundamento material. A forma definida pela reincidência no art. 63 do Código Penal deixa claro que ela se refere unicamente a uma condenação pretérita do agente, a qual correspondeu já a uma pena. Oferecer-lhe uma parcela de pena em face do crime anterior, pelo qual ele já teve individualizado e adequado castigo, configura absurdo *bis in idem.*

Ademais, o fato de que o sujeito voltou a delinquir tanto pode ser um indicador negativo, porque ele teve todas as oportunidades de não voltar a delinquir e reincidiu, como pode representar também o insucesso do sistema em recuperá-lo e a incapacidade social de evitar que ele volte a participar de um ambiente criminógeno, representando uma diminuição de culpa por fatores de coculpabilidade.[43]

Assim, a única solução adequada seria analisar o aspecto de voltar a delinquir

no âmbito das circunstâncias judiciais, que podem pesar positiva ou negativamente, sob o epíteto dos antecedentes. Essa é a única proposta hermenêutica capaz de poupar o condenado de injustiças.

Aliás, pouco importa o nome que se dê ao instituto, se reincidência ou antecedente. O importante é a transferência da análise para a sede das circunstâncias judiciais excluindo-a das circunstâncias legais. Isso porque parece que somente ali poderá ser feita a correta análise da repetição recente da pratica criminosa segundo um perfil consentâneo com o princípio de culpabilidade.

É que, como mencionado, a análise de todas as circunstâncias do art. 59, das circunstâncias judiciais, há de ser feita à luz do princípio de culpabilidade, vale dizer, sendo tomado como filtro interpretativo o grau de responsabilidade da conduta.

Desse modo – e somente desse modo – é possível considerar que a situação de reincidência pode referir-se não só ao sujeito, mas aos fatos e às circunstâncias que o cercam, podendo avaliar concretamente o grau de reprovabilidade derivado dessa reincidência, que não necessariamente pode conduzir a um aspecto negativo. É perfeitamente possível que o juiz se depare com uma pessoa conduzida à prática da conduta cuja pena se trata de fixar-lhe, por força das limitações socialmente impostas à sua liberdade de escolha, e a reincidência pode estar evidenciando a incapacidade do sistema de controle em promover a reinserção social desse sujeito. Em casos que tais, do mesmo modo com que se analisa a coculpabilidade, a reincidência pode militar em favor de uma redução no índice de reprovabilidade da conduta e, consequentemente, do valor da pena base. Isso porque é necessário reconhecer que se o sujeito passou pelo sistema penal e voltou a delinquir, aquele sistema certamente deixou a desejar em seu papel de reinserção social do sujeito, posto que o levou a reincidir. Quem há de negar a dessocialização como efeito da passagem pelo cárcere?

A ideia, quiçá nova em termos de proposição hermenêutica (no sentido de considerar a reincidência no âmbito das circunstâncias judiciais do art. 59, computada em favor ou contra o réu), possui a virtude de reconhecer que, em sendo a reincidência associada à maior ou menor capacidade de escolha do sujeito entre a atitude de cometimento do crime ou não, a reprovabilidade de sua conduta – e, nesse

sentido, a culpabilidade – estará determinada pela possibilidade ou pela limitação das possibilidades de escolha que o sujeito teve. Essas opções pessoais estarão vinculadas indissoluvelmente à atuação do Estado, tanto na medida em que este ofereceu possibilidades de desenvolvimento pessoal ao sujeito, quanto na medida em que se lhe as tolheu.

Desse modo, é somente no elenco das circunstâncias judiciais que pode a reincidência ser submetida à sensibilidade do juiz para dar-lhe a conotação adequada.

Assim, a proposta aqui lançada pretende avançar no sentido da aproximação entre os princípios limitadores e o próprio sistema penal.

2.1.2 Motivo fútil ou torpe (art. 61, inciso II, alínea a*, do Código Penal)*

Fútil é o motivo mesquinho, vazio, leviano, insignificante, frívolo, extremamente desproporcionado, revelador da intensa insensibilidade do agente para com o bem jurídico atacado.

Curiosamente, o legislador estabelece que o motivo desproporcionado impõe uma pena maior, por seu desvalor, mas não faz qualquer referência à atuação desmotivada, simplesmente gratuita, aleatória.

Por óbvio, não é possível equiparar a ausência de motivos ao motivo fútil, por razões elementares: fazê-lo implicaria em uma flagrante violação do princípio de legalidade, no sentido da promoção de uma analogia *in malam partem*.

Torpe é o motivo repugnante, imoral, abjeto, desprezível, vil, e que ofende a nobreza do espírito do homem e a moralidade das pessoas.

Usualmente, menciona-se a vingança, o desprezo, o preconceito, como motivações torpes. Por exemplo, as lesões corporais praticadas por homofobia.

2.1.3 Finalidade de facilitar ou assegurar a execução, a ocultação ou a vantage derivada de outro crime (art. 61, inciso II, alínea b*, do Código Penal)*

Essa é, sem dúvida, uma modalidade de torpeza, pois se trata de um agente que, após cometer um crime, não reluta em cometer outro, para melhor possibilitar a vantagem, a impunidade, a ocultação e, até mesmo, a conclusão do outro crime. Resta

clara a maior reprovabilidade do móvel de sua conduta.

O legislador, no entanto, optou por individualizá-la e separá-la do motivo torpe.

O agente aqui atua de modo a procurar facilitar ou assegurar a execução de determinado crime que está por ser perpetrado ou em plena execução. Por exemplo, ameaçando com uma arma de fogo o acompanhante da vítima que o agente pretende estuprar.

Também configura essa agravante a atitude criminosa vinculada a outro crime com posterioridade, quando o sujeito atua para ocultar o crime antes praticado ou assegurar a vantagem obtida com ele, como, por exemplo, a falsificação de um documento de registro de um veículo furtado.

No homicídio, essa circunstância é qualificadora e não agravante, por estar prevista no art. 121, § 2º, do Código Penal. Nos demais crimes, no entanto, pode ser reconhecida.

2.1.4 Utilização de recursos que dificultam ou impossibilitam a defesa do ofend (art. 61, inciso II, alínea c, *do Código Penal)*

Note-se que o legislador utiliza aqui uma fórmula que permite a interpretação analógica. Ele dá uma série de exemplos do que seriam *recursos que dificultam ou impossibilitam a defesa do ofendido*, acrescidos, ao final, de uma fórmula generalizante. Assim, refere que aumenta-se a pena quando o agente atua "à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido".

Assim, merecem o acréscimo de pena todos os crimes cometidos à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação. Do mesmo modo, receberão o acréscimo todos os crimes perpetrados com a utilização de qualquer outro recurso que torne mais difícil ou, até mesmo, impossibilite qualquer defesa do ofendido, tanto quanto a traição, a emboscada ou a dissimulação. Trata-se de uma cláusula de equiparação.

Aqui, o importante é identificar que o *recurso* seja efetivamente empregado pelo autor. Por exemplo, o sujeito que, pretendendo agredir seu desafeto, o aguarda em uma esquina, oculto atrás do tronco de uma árvore, para que quando aquele passe pelo

local, seja golpeado de surpresa. Ou o caso do sujeito que estende a mão para cumprimentar seu inimigo, para que, uma vez de mãos dadas, lhe seja facilitada a agressão perpetrada posto que a vítima não estenderá o braço em sua defesa.

Cumpre notar que é necessário que o agente se valha de um expediente que lhe permite ver facilitada a prática delitiva. Tal expediente há de ser promovido pelo próprio agente. Não caracteriza o emprego de um *recurso* o aproveitamento de uma debilidade preexistente de parte da vítima, como o caso de ser ela deficiente visual, por exemplo.

Note-se, por último, que nos casos de homicídio, não incidirá essa agravante genérica, porquanto a mesma redação aqui utilizada é incluída como fórmula do tipo qualificado no art. 121, § 2º, inciso IV.

2.1.5 Meios insidiosos ou cruéis, ou dos quais possa resultar perigo comum (art inciso II, alínea d, *do Código Penal)*

O legislador determina a agravação da pena quando o crime é perpetrado de um modo tal que reduz a possibilidade de vigilância da vítima, que permitiria evitar o crime, ou quando a esta é imposto um sofrimento para além do necessário para a configuração da prática ilícita ou quando resulte da ação delitiva um perigo que se espraia para além da pessoa da vítima.

São três situações absolutamente distintas.

O meio insidioso é o meio que burla a possibilidade de o ofendido evitar o crime, mascarando-o, evitando que este seja percebido. Constitui meio insidioso, por exemplo, o uso de gás inodoro para deixar inconscientes os funcionários de casa de comércio para assaltá-la sem resistência.

Meio cruel é o que impõe ao ofendido sofrimento maior do que o necessário para a consecução dos objetivos do tipo. Por exemplo, agredir pessoa sequestrada durante telefonema para os seus familiares, com vistas a melhor convencê-los a respeito da seriedade da exigência de vantagem na extorsão.

O meio de que resulta perigo comum pode ser a explosão, ou o incêndio, por exemplo. O sujeito que, pretendendo praticar um crime de dano contra o patrimônio

do seu desafeto, explode ou incendeia a residência deste.

Nesse caso, o agravamento da pena tem seu fundamento na exposição a perigo de um número indeterminado de pessoas.

Note-se que no homicídio, as hipóteses aqui mencionadas figuram como qualificadoras no art. 121, § 2º, inciso III, pelo que não configuraria agravante genérica.

2.1.6 *Crime praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (art. 6 inciso II, alínea* e, *do Código Penal)*

O legislador optou por reprovar especialmente o comportamento agressivo dirigido a membros da família. A família é a célula *mater* da sociedade, assim reconhecida desde o Direito romano. Trata-se de um bem jurídico à parte, merecedor de tutela penal. Assim, quando o crime se pratica entre membros da mesma família, há um interesse subliminar do Estado no equilíbrio desta que também resulta afetado, razão pela qual acontece o incremento da pena.

Trata-se de circunstância objetiva, reveladora de atitude extremamente insensível do agente, para com a preservação do respeito entre as relações com as pessoas mais íntimas.

Necessário ter em conta aqui as implicações relativas à legislação a respeito de violência doméstica, crimes contra a relação familiar, como o abandono material, por exemplo, cujos tipos penais, por vezes, excluirão a agravante, sob pena de incorrência em *bis in idem*, já que as relações familiares são elementares dos tipos. De modo mais discutível, há precedente jurisprudencial[44] excluindo a agravante do parentesco em casos de maus-tratos. Aqui, o tema é mais duvidoso, já que a relação de subordinação do tipo é bastante mais ampla do que a relação familiar e, ademais, dirige-se a outro propósito material, que é o de coibir os abusos dessa mesma relação de subordinação e não promover a proteção do bem jurídico *família*.

2.1.7 *Abuso de autoridade, relações domésticas, de coabitação ou de hospitalid ou com violência contra a mulher (art. 61, inciso II, alínea* f, *do Código*

Penal)

A agravante do *abuso de autoridade, de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade* se refere a algumas relações de natureza privada onde existe um poder de autoridade, como nos casos de tutela e curatela, bem como em organizações religiosas e civis, em que existe hierarquia semelhante à que ocorre no âmbito do direito público.

O *abuso de autoridade* é o exercício arbitrário, indevido, ilegítimo, desse poder de autoridade, por meio da força moral que decorre da posição do agente nessas relações privadas.

Não é incomum que os crimes de constrangimento ilegal e até mesmo várias classes de abuso sexual estejam vinculados à situação de autoridade moral derivada de qualquer classe de relação hierarquizada. Pune-se aqui, com maior severidade, o agente criminoso que, valendo--se de sua condição de superioridade, impõe que a vítima se submeta a prática criminosa.

A agravante aplica-se também nos casos em que o agente se prevalece de *relações domésticas*, da *coabitação*, bem como de *hospitalidade*.

Protege-se aqui o bom ambiente nas relações domésticas. Distende-se o conceito da agravante anterior, já que aqui o interesse do legislador não é apenas a relação familiar estrita, mas sim a relação doméstica que é desenvolvida pela convivência, não apenas entre pais e filhos, irmãos e cônjuges, mas também com pessoas que vivam em união estável, parentes mais remotos como primos, cunhados, sogros etc., empregados domésticos e até mesmo amigos que convivam no mesmo ambiente doméstico, esporádica ou permanentemente.

Recentemente, o advento da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, trouxe a inserção, na alínea referente a essa agravante, da expressão: *"ou com violência contra a mulher na forma da lei específica"*.

Pretendeu-se aliar a situação de violência doméstica especificada no art. 7º daquela lei[45] a uma maior carga penal de reprovabilidade.

Ao fazê-lo, andou mal o legislador. É que na imensa maioria dos casos de violência contra a mulher, na forma determinada pela lei, a relação doméstica existe

como pressuposto, exceto em um único caso: naquele em que a relação doméstica antes existente tenha se dissolvido (última figura do art. 5º, inciso III, da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006).[46]

Acontece que, nesse caso, não existe o fundamento material que dá azo ao aumento de pena, que é justamente a preservação das relações domésticas. Assim, seria o caso de incidir a agravante na ameaça perpetrada contra a ex-namorada, ou no caso da injúria contra o ex--marido.

Definitivamente, em nenhum desses casos há justificativa material para um *plus* de pena.

Em todas as outras figuras em que se possa caracterizar a violência contra a mulher, as relações domésticas restam configuradas, pelo que a menção à legislação específica resulta ser um injustificável *bis in idem*.

2.1.8 Abuso de poder ou violação de dever relativo a cargo, ofício, ministério ou profissão (art. 61, inciso II, alínea g, *do Código Penal)*

A primeira coisa a dizer é que esta alínea não incide nos crimes próprios dos funcionários públicos, ou seja, mais corretamente, dos crimes *especiais* cuja condição exigida para o sujeito ativo seja a de ser funcionário público. É que, sendo a condição de funcionário público um elemento daqueles tipos, seria um inadmissível *bis in idem*.

A agravação impõe-se, no entanto, quando, por exemplo, o funcionário público prevale-cer-se de sua condição para a prática de qualquer crime comum, como o furto, o homicídio, a lesão corporal, o estelionato etc.

Assim, por exemplo, o funcionário da Infraero que, aproveitando das informações que tem sobre a viagem que fez uma família, se aproveita para furtar-lhes a casa enquanto está vazia.

O mesmo se dará com aquele que violar dever ou abusar do poder inerente a ofício, ministério ou profissão.

Por ofício, deve-se entender uma arte, um trabalho manual, o artesanato, o pequeno manufatureiro. Por ministério, o ministério religioso de qualquer culto. Por

profissão, qualquer atividade de natureza intelectual devidamente regulamentada, como por exemplo, o médico, o advogado, o engenheiro, o contador etc.

É evidente que é possível, por exemplo, ao advogado abusar de seus poderes conferidos pela procuração *ad-judicia* para desviar, em seu proveito, valores pertencentes aos clientes; é possível ao médico ginecologista, abusando de seus poderes derivados da profissão, cometer abusos sexuais contra suas pacientes, assim como ao padre, abusando do conhecimento de uma confissão, praticar extorsão contra quem confessou, ameaçando divulgar o conteúdo do que foi dito.

2.1.9 Crime cometido contra maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida (art. inciso II, alínea h, *do Código Penal)*

O fundamento da existência desta agravante é a falta de capacidade de resistência da vítima à prática criminosa. Trata-se de desvalorar o abuso contra o hipossuficiente físico.

Claramente, mesmo que o delito não seja relacionado à integridade física, a menor capacidade de impor resistência pela força facilita a ação criminosa do agente, bem como reduz sua inibição quanto ao êxito do ataque. Veja-se, por exemplo, na subtração de objetos mediante o arrebatamento. Assim, há maior desvalor na conduta daquele que ataca as pessoas que estão nas condições estabelecidas pela alínea em questão em face da sua menor capacidade de oposição física à atividade criminosa. Se o crime é praticado contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida, por serem mais frágeis, com menor capacidade de resistência e de defesa, a pena deve sempre ser aumentada.

Existe um conceito jurídico de *criança*, que é dado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e significa ser a pessoa menor de doze anos de idade.[47]

A mulher grávida é condição objetiva, independentemente de que a gravidez seja evidente para o réu. Do mesmo modo, sequer importa que a própria mulher tenha conhecimento da gravidez. O estado de quem gesta é necessariamente de perda e consumo maior de energia dentro de um ponto de vista biológico, o que a coloca em posição de enfraquecimento físico necessário.

A expressão *maior de 60 anos* derivou da redação emprestada à alínea pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, o chamado *Estatuto do idoso*. A despeito da progressiva evolução das condições físicas e de saúde da população em geral, como regra, o maior de 60 anos tende a ser hipossuficiente desde um ponto de vista físico.

Do mesmo modo o doente, independentemente da idade, sofre uma debilitação de sua capacidade de resistência física digna da apreciação jurídico-penal.

2.1.10 Ofendido sob imediata proteção da autoridade (art. 61, inciso II, alínea i, *Código Penal)*

Se o crime é praticado contra pessoa que está sob imediata proteção da autoridade, também incide agravante. A razão material pela qual a pena é aumentada é a ofensa perpetrada contra o Estado, que exerce seu poder de interferência na esfera da liberdade da vítima e acaba sendo burlado pela vontade individual do agente.

A situação mais comum é a de crimes de lesões corporais praticados contra réus detidos em flagrante. Os ofendidos, no calor dos fatos, podem ultrapassar os limites de seus direitos e buscar vingança contra aqueles já submetidos à custódia de quem efetua a detenção.

Proteção *imediata*, quer dizer direta, próxima, da autoridade pública. Refere-se, pois a crimes contra o preso, o submetido à medida da segurança ou socioeducativa, a criança ou o adolescente conduzido por um policial, a testemunha protegida, enfim, toda e qualquer pessoa que estiver diretamente sob a proteção de qualquer agente estatal.

2.1.11 Situação de calamidade pública ou desgraça particular do ofendido (art. (*inciso II, alínea* j, *do Código Penal)*

Também agrava a pena o crime cometido em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou desgraça particular do ofendido. Trata-se de situações concretas da vida em que se exige atitudes solidárias, colaboração para a superação daquelas situações indesejáveis, pelo que o desvalor da ação é acrescido.

É evidente que em situações gerais de risco ou mesmo em situações pessoais de desgraça, a vítima encontra-se menos atenta à proteção direta de seus bens jurídicos, pelo que a atuação do criminoso resta facilitada, merecendo um agravamento de pena.

Assim, incide a agravante, por exemplo, caso o agente cometa furto de objetos que estão em uma casa abandonada por risco de desabamento ou o furto de pertences do veículo da vítima imediatamente após ela ter sofrido acidente de trânsito.

2.1.12 Em estado de embriaguez preordenada (art. 61, inciso II, alínea g, *do Cód. Penal)*

É sabido que a embriaguez não altera a imputação penal, salvo se fortuita e completa (art. 28 do Código Penal).

Por outro lado, a embriaguez por álcool ou substâncias de efeitos análogos pode ser utilizada pelo réu unicamente com o propósito de ultrapassar seus próprios freios inibitórios quanto à iniciativa de prática criminosa. Nesse caso, sua conduta se reveste de maior reprovabilidade e, conquanto siga sendo irrelevante para efeitos de imputação, terá interferência na aplicação da pena, recebendo uma agravação necessária.

Evidentemente, é necessário que se tenha demonstrado que a embriaguez tenha sido deliberada, por exemplo, quando o agente ingere grande quantidade de bebida alcoólica para ter coragem de empunhar um revólver em um assalto.

2.1.13 Das agravantes no concurso de pessoas

Há ainda agravantes específicas do concurso de pessoas, para distinguir entre os concorrentes para o mesmo crime.

Assim, dispõe o art. 62 do Código Penal que, no caso de concurso de pessoas, seja nas hipóteses de coautoria, seja nas de participação, a pena será agravada em casos específicos.

O primeiro deles é quando o agente promoveu ou organizou a cooperação no crime ou dirigiu as ações dos demais autores ou partícipes. O objetivo aqui é punir severamente quem lidera a prática delitiva.

Conquanto o Código Penal brasileiro insinue, em sua exposição de motivos, utilizar uma teoria unitária quanto ao concurso de pessoas, é certo que essa teoria é matizada quanto à imputação, sugerindo a distinção entre autor e partícipe, sendo possível afirmar, contra o mencionado preâmbulo, que se adota, na verdade, uma teoria diferenciadora.

Essa distinção atinge ares de obrigatoriedade quando se chega à fixação da pena. Aqui, é de crucial importância identificar os concorrentes do crime não apenas entre autores e partícipes, como também definir concretamente o grau de importância de cada contribuição, relacionado, evidentemente, com o grau de domínio do fato que cada agente possui.

A segunda figura apenada mais gravemente é a de quem coage ou induz outrem à prática de crime.

A coação moral é causa de exculpação, gerando responsabilidade apenas para o coator. Essa responsabilidade sempre corresponderá a uma pena agravada. A razão material que late no fundo dessa disposição legal é o envolvimento no crime de quem não queria participar dele e acaba cedendo à coação. Por outro lado, o uso forçado de interposta pessoa é também uma manifestação de caráter negativa, merecedora de maior repreensão jurídica.

A indução, por outro lado, é reconhecida como a pior forma de participação, porquanto o indutor faz nascer uma vontade criminosa no autor onde esta não existia, ao contrário do instigador, que apenas açoda uma vontade preexistente, e do cúmplice, que apenas oferece auxílio material.

A terceira agravante genérica do concurso de pessoas é dirigida a quem instiga ou determina a cometer crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal.

Quem instiga ou determina ao cometimento de crime pessoa sob sua autoridade, exerce uma coação velada. A incidência da agravante coincide, em certa medida, com a agravante individual do art. 61, inciso II, alínea *f*, ou seja, o abuso de autoridade. A diferença essencial é que aqui a pessoa que figura sob a autoridade do instigador não é vítima, mas autor. Assim, o general que ordena ao seu comandado que se desvie em

proveito de ambos bens pertencentes ao exército deverá ter a pena agravada.

Aquele que instiga ou determina a outrem não punível a prática de delito é, por exemplo, aquele que comanda um grupo de adolescentes conduzindo-os ao delito.

Note-se que não se trata de *indução* da pessoa não punível, mas sim de *instigação*, já que a primeira conduziria ao crime de corrupção de menores.[48] De outro lado, é reconhecido que o ordenamento jurídico brasileiro utiliza a teoria da acessoriedade limitada, de modo que remanesce responsabilidade penal para o indutor, mesmo que o autor não seja culpável.

Nesse caso, o agravamento da pena deriva do aproveitamento da situação de impunidade do autor, o que conduz a uma maior reprovabilidade de conduta.

O quarto caso de agravante genérica em concurso de pessoas é destinado a abrigar os casos de crimes perpetrados mediante paga ou promessa de recompensa.

Os crimes ditos *mercenários* realmente merecem uma maior reprovabilidade. A agravante se dirige ao executor material do delito, àquele que se move criminosamente impelido pela ganância.

Os casos de homicídio mercenário não sofrem o acréscimo da agravante, pois ela constitui uma qualificadora. Outrossim, convém lembrar que, no homicídio, diversamente do que acontece com a agravante genérica aqui estudada, a qualificadora se transmite para o mandante, para aquele que oferece a recompensa ou promove a paga.

2.2 Das circunstâncias atenuantes genéricas

As circunstâncias atenuantes genéricas, do mesmo modo que as agravantes, devem ser consideradas na segunda etapa de fixação da pena, sempre e quando não coincidam com elementos do tipo ou com causas gerais ou especiais de diminuição de pena. Ou seja, elas incidem de modo subsidiário em face da primeira e da terceira etapas de fixação da pena.

2.2.1 Menores de 21 anos e maiores de 70 anos (art. 65, inciso I, do Código Pen

A pena deve ser obrigatoriamente atenuada se o agente tiver *praticado crime*

com idade entre 18 e 21 anos.

Antes do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), a maioridade civil se dava aos 21 anos, ao contrário da maioridade penal, que era aos 18 anos. Assim, o crime cometido no período de menoridade relativa teria sua pena reduzida por força de uma ideia de que sua personalidade não estava completamente formada.

A alteração do Código Civil, no entanto, porque o dispositivo não configura uma norma penal em branco, não afetou diretamente a circunstância atenuante. Pretender tal interferência consistiria na promoção de uma analogia *in malam partem*.

Assim, entende-se que o fundamento da existência da atenuante é outro que não uma *menoridade relativa*. A razão de ser é relacionada com a maturidade do réu.[49]

A pena será, ainda, atenuada *se o condenado tiver, na data da sentença, mais de setenta anos*, tenha ou não condições físicas ou psíquicas debilitadas, pois o critério é objetivo.

A razão, para a doutrina dominante, é de natureza humanitária, pois evitaria a privação da liberdade de alguém no fim da vida, o que seria extremamente doloroso.[50] Portanto, é descabida a pretensão da aplicação analógica do estatuto do idoso, rebaixando a idade para 60 anos, porque a questão não se refere a dar condições pessoais melhores para contra-arrestar eventual prejuízo derivado de discriminação social que sofre naturalmente o idoso (razão de ser da lei específica), mas sim por questão clínica. Inclusive, sob aspecto físico, é digno de nota o recente avanço da idade média do brasileiro, inclusive com acréscimo de saúde e qualidade de vida.

2.2.2 Desconhecimento da lei (art. 65, inciso II, do Código Penal)

O *desconhecimento da lei* não isenta de pena, porém, pode reduzir a reprovação, com diminuição da carga penal. Ninguém pode eximir-se da responsabilidade penal sob a alegação de que não conhecia a lei. Essa presunção é absoluta. Todavia, convivemos com verdadeiro e imenso cipoal de leis e normas, de tal modo que é absolutamente impossível o conhecimento pleno de toda a legislação vigente no país.[51] Em determinadas circunstâncias, não se pode exigir de alguém o

conhecimento total de certa norma jurídica.

Em conclusão, o desconhecimento da lei é, a princípio, e por si só, inescusável, conforme prescreve o art. 21 do Código Penal. Se o erro afeta a compreensão do binômio licitude/ ilicitude, de acordo com a percepção do leigo,[52] seja inevitável ou evitável, haverá exclusão ou diminuição da culpabilidade. Ausente a hipótese de erro de proibição, havendo o desconhecimento formal da lei, este poderá ser utilizado para atenuar a pena a ser imposta ao agente.

2.2.3 *Motivo de relevante valor social ou moral (art. 65, inciso III, alínea* a, *do Código Penal)*

Se o crime é cometido por *motivo de relevante valor social ou moral.* Aqui se trata de uma diminuição do desvalor da conduta em função de ter sido esta impelida por uma motivação que, de algum modo, possa ser valorada positivamente pela sociedade.

Valor socialmente relevante é o que, interessando a toda sociedade, se volta para o benefício de uma coletividade, da comunidade.

Valor moralmente relevante é o que, interessando a um ou mais indivíduos, ajusta-se razoavelmente a conceitos morais cultivados pela sociedade.

Assim, por exemplo, aquele que furta para distribuir os valores arrecadados a pessoas miseráveis.

2.2.4 *Arrependimento ineficaz (art. 65, inciso III, alínea* b, *do Código Penal)*

Se o autor, mesmo tendo cometido delito, procura evitar ou minorar eficientemente as consequências do crime, terá sua pena diminuída.

Essa é uma espécie de *arrependimento ineficaz*, que difere, portanto, do art. 15, Código Penal, em que o agente impede que o resultado ocorra, e que altera a tipicidade do fato, e algumas vezes até a exclui.

Aqui, o arrependimento se dá e o sujeito manifesta contrafatores de produção do resultado que, no entanto, não logram impedir que ele ocorra.

Também se fala em ter o agente *procurado evitar ou minorar as consequências*

do seu delito. Do mesmo modo, não é necessário que efetivamente as consequências tenham sido eficazmente evitadas ou minoradas, basta que o sujeito tenha atuado nesse sentido, tenha buscado, procurado evitá-las ou minimizá-las.

A situação concreta difere também do arrependimento posterior, do art. 16, Código Penal, que é causa de diminuição da pena, porquanto, apesar de referir a hipótese de reparação do dano, não se exige que esta se dê antes da denúncia, mas sim, até o julgamento, ou seja, o sujeito que repara o dano tendo já sido iniciada a ação penal, mas antes de sua conclusão, pode receber o benefício da incidência da atenuante genérica em sua pena.

Além disso, o arrependimento posterior diz respeito apenas aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Para a incidência do arrependimento que dá ensejo à atenuante genérica, não existe qualquer restrição quanto aos tipos penais, podendo incidir na pena derivada de todo e qualquer delito.

A *reparação do dano*, também ao contrário da hipótese do arrependimento posterior, não necessita ser espontânea.

Assim, por exemplo, mesmo o sujeito que dispara um revólver contra seu antagonista, ferin-do-o, poderá ter a pena reduzida se imediatamente após o fato transporta a vítima para um hospital ou se, durante o processo e antes da sentença, oferece-lhe uma reparação pelos gastos com atendimento hospitalar e perda de dias de trabalho, ainda que esta derive de uma ação indenizatória.

2.2.5 Coação resistível, cumprimento de ordem ou influência de emoção derivac ato injusto da vítima (art. 65, inciso III, alínea c, *do Código Penal)*

Aquele que atua sob estrito cumprimento de seu dever, ainda que seja sob ordem alheia, encontra-se amparado em sua atitude por uma permissão forte, capaz de afastar a pretensão de ilicitude (art. 23, inciso III, do Código Penal).

É também sabido que não se considera delitiva a atuação sob coação moral irresistível ou em cumprimento de ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico (art. 22 do Código Penal).

No primeiro caso, existe uma situação de permissão fraca que afasta a pretensão

de ilicitude por não ser exigível um comportamento juridicamente ajustado em tais circunstâncias.

No segundo caso, a imposição hierárquica reforça uma impressão preexistente de legalidade da ordem, conduzindo a uma afetação da potencial consciência da ilicitude, gerando equívoco capaz de afastar a pretensão de reprovação.

Contudo, pode ser que a coação moral, embora existente, não seja de tal monta que a ela não se possa opor a vítima.

Assim, se a coação moral for resistível, será possível reconhecer a ilicitude da conduta do agente. Porém, claramente, seu grau de reprovabilidade restará afetado pela circunstância específica, determinando a atenuação da pena-base.

Do mesmo modo, caso exista uma ordem superior que move a ação do réu e ela seja ilegal, não é possível presumir, em favor deste, uma falta de consciência da ilicitude de seu ato, porém, a relação de subordinação faz retirar parte da carga de reprovabilidade de sua conduta, determinando uma redução de pena.

A terceira figura contida na alínea *c* e que autoriza reduzir a pena é a atuação sob violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

A situação concreta deve ser representada por uma atuação impulsiva, derivada da emoção, mesmo que não se configure um descontrole completo. O ato injusto da vítima deve existir objetivamente, sendo de qualquer natureza, e deve ser tal que torne plausível ter influenciado o comportamento criminoso do réu.

Se o crime é cometido sob *violenta emoção*, deverá haver diminuição da pena. Não se pode confundir essa situação com aquela outra, definida no § 1º do art. 121, em que o homicídio é cometido *sob o domínio* de violenta emoção, logo após injusta *provocação* da vítima, que é uma causa de diminuição da pena, objeto da terceira etapa da aplicação da pena, no caso específico do homicídio. Essa atenuante, que se aplica a todo e qualquer crime, difere da causa de diminuição, porque aqui o agente realiza o fato *influenciado* pela violenta emoção, ao passo que lá sua vontade é *dominada* pela emoção. Ali, a vítima realiza uma *provocação* injusta, e aqui basta qualquer *ato* injusto.

2.2.6 *Confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea* d, *do Código Penal)*

A *confissão espontânea* também reduz a pena. Este é um dos pontos mais polêmicos e discutidos tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Para o estudo das origens da pretensão de discussão doutrinária que abriu campo indevidamente para uma distensão de interpretação da aplicabilidade da atenuante da confissão, remete-se ao enunciado sumular 545 do Superior Tribunal de Justiça, que referiu que *"quando a confissão for utilizada para a formação do conhecimento do julgador, o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal"*.

Esta redação levou à interpretação extensiva, especialmente de defensores, no sentido de que bastaria o uso, na sentença condenatória, da confissão havida, à margem de outras considerações, para que fosse empregada a atenuante. Vale dizer, pretendeu-se que uma confissão com ressalvas de excludentes de antijuridicidade ou culpabilidade, ou seja, casos em que se nega a responsabilidade como um todo, fossem aproveitadas como atenuantes para reduzir pena.

Melhor solução para o entendimento da questão se pode obter mediante o estudo do julgado que deu origem à Súmula 545 já referida, mais especialmente o caso do HC 318.184/ RJ, relator o Ministro Newton Trisotto, desembargador convocado do TJSC, no qual verifica--se que a confissão de um crime de porte ilegal de arma deu-se mediante a ressalva de que tal porte seria apenas para entregar a arma para um terceiro. Perceba-se que tal confissão não inclui uma ressalva que traduza isenção de responsabilidade, pois a entrega para terceiro não justifica nem exculpa a conduta. Vale dizer, remanesce a essência da assunção da responsabilidade. Portanto, não se pode equiparar nunca e em nenhum caso com as confissões chamadas de "qualificadas" porque incluem ressalvas de isenção de responsabilidade, a despeito de que tenham ou não sido utilizadas para a composição da prova.

Defende-se, aqui, que o fundamento material dessa atenuante é duplo: premia a hombridade que emerge da confirmação de uma prova eventualmente dúbia e da assunção voluntária de responsabilidade social por parte do condenado. Ou seja, por um lado, existe um fundamento material, associado à teoria da norma. Se o sujeito que

comete o crime viola, por um lado, uma norma jurídica e por outro lado, uma norma de dever, é certo que, quando assume a responsabilidade espontaneamente, o faz assumindo as consequências que pode ter sua postura de violação normativa e anuindo com tais consequências, resultando, obviamente, menos justificado o efeito reprovador da pena. Por outro lado, há também uma razão processual, já que a prestação jurisdicional é sempre conformada em torno de uma pretensão de justiça possível, alcançada sempre dentro de certos limites e muito longe do absolutismo de uma pretensão de verdade. É apoiada sobre uma pretensão de justiça que a decisão judicial impõe seus efeitos, inclusive a pena, quando se trata de uma decisão condenatória. Por força disso, quando existe uma confissão, uma assunção de responsabilidade pela imputação formulada, ocorrida de forma espontânea, sobrevém um ganho de qualidade para a decisão, que se aproxima mais do resultado mais justo possível em face da prova colhida. Portanto, este suporte ao ajuste da decisão justifica a compensação pela redução do *quantum* de pena. É pensando na conjugação de ambos os fatores que é necessário aquilatar o peso da confissão como elemento de atenuação da pena.

Em função disso, o entendimento mais correto é que a confissão, só por si, não é suficiente. É necessário que seja espontânea, isto é, que a vontade do confitente seja determinada sem a intervenção de fatores externos e que represente uma iniciativa do réu. Somente assim é possível identificar a existência de uma das razões concretas (processual ou material) que justificam a redução da reprovação penal do agente.

Portanto, não cabe a atenuante se há insegurança sobre a confissão desde um ponto de vista probatório, por exemplo, quando ela é oferecida em sede inquisitorial e, após, retratada em juízo. Esta confissão nada oferece em termos probatórios – tanto mais a partir da nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal atual[53] - e tampouco pode significar um acréscimo em termos de assunção de responsabilidade por violação normativa de parte do réu.

Em não sendo a confissão o elemento central da prova, ao ser retratada em juízo, também perde completamente a possibilidade de ser aproveitada como atenuante.[54] É sólida, na doutrina brasileira, a ideia da inaplicabilidade da atenuante da confissão

espontânea quando não for ela o alicerce da sentença condenatória. É que o fundamento material da atenuante da confissão reside na sua *espontaneidade*, ou seja, se traduz na iniciativa de assumir a responsabilidade pelo fato delituoso.

Obviamente, a confissão com ressalva justificante, justamente porque reveladora de uma pretensão de esquiva face à imputação penal, não pode traduzir-se em qualquer benefício ao acusado.[55] Aliás, é exatamente isso que se consolidou mais recentemente, com o enunciado sumular 630 do Superior Tribunal de Justiça, que diz *"A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio"*.

O texto deriva da consolidação do entendimento em torno de um grande volume de casos[56] em que se debateu, em termos de imputação, o tema da distinção entre tráfico de drogas e porte de drogas para uso próprio. Como é sabido, a imensa maioria dos casos relacionados a crimes da lei de drogas derivam de casos de flagrante delito em que alguém traz consigo certa quantidade de drogas. Na descrição dos tipos de porte para uso e de tráfico de drogas – respectivamente os arts. 28 e 33 da Lei 11.343/2006 – vários dos núcleos do tipo de ação são semelhantes, diferindo os crimes essencialmente pela presença ou ausência do especial fim de agir no sentido de dar destino de consumo próprio para as drogas apreendidas. Pois bem. Em quase todos os casos, a condição inarredável do flagrante impede maiores discussões acerca do núcleo do tipo incriminador, versando a discussão essencialmente sobre os indicadores do especial fim de agir. Em casos que tais, vinha sendo tese frequente da defesa que a confissão de estar trazendo consigo drogas deveria importar em uma redução de pena. Ocorre que, nestes casos, resta claro que o réu não está assumindo responsabilidade alguma, mas sim, negando-a, na pretensão da obtenção de uma desclassificação ou absolvição. Ainda que o flagrante e a confissão de estar trazendo consigo as drogas apareçam nas sentenças, resta óbvio que isto não serve para a condenação pelo crime imputado. Portanto, mesmo presente um apoio à sentença no sentido probatório, é a inexistência da assunção de responsabilidade que faz mancar a aplicação da atenuante.

Do mesmo modo, não é possível admitir como atenuante uma confissão, mesmo que tenha sido várias vezes ratificada, quando a prova é de tal magnitude que a confissão ou negativa não pode ser negada pelo acusado. Por exemplo, a confissão da babá que agrediu a criança quando consta do processo uma filmagem da agressão.

Portanto, como bem esclarece Paganella Boschi: "Foge ao sentido do texto, portanto, reconhecer a atenuante quando o agente é preso em flagrante e não tem como negar as evidências em torno da autoria ou imputar a responsabilidade pelo fato a terceiro."[57]

2.2.7 *Crime for cometido sob influência de multidão em tumulto (art. 65, inciso III, alínea* e, *do Código Penal)*

Se o crime tiver sido cometido sob a influência de multidão em tumulto não provocado pelo agente, a redução de pena deriva da condição de fragilidade imposta ao réu.

Mesmo que ele tenha atuado de modo ilícito, é certo que incide sobre o seu comportamento certa dose de medo derivada do tumulto, que faz com que as condições determinantes do seu comportamento sejam diferentes das que, normalmente, atuam sobre o discernimento do homem, impondo-se o tratamento jurídico diferenciado.

Assim, durante uma briga em um estádio de futebol, que não foi provocada pelo sujeito, o fato de que ele danifique deliberadamente o portão de saída, para afastar-se do local mais rapidamente, mesmo não estando diretamente ameaçado pela proximidade da briga, não chega a configurar o estado de necessidade, porém, pode conduzir a uma atenuante genérica dessa natureza, já que interfere no processo decisório do agente de optar pela prática do delito em questão.

2.2.8 *Cláusula aberta (art. 66 do Código Penal)*

O Código Penal brasileiro inclui uma cláusula aberta que permite ao juiz reconhecer *outra circunstância atenuante* que considere relevante para o caso.

Aqui, cabe uma dupla subsidiariedade. O juiz somente pode considerar uma

atenuante inominada a que não tenha relação alguma com o tipo penal, nem com causas gerais ou especiais de diminuição de pena, nem com as próprias atenuantes genéricas nominadas.

Um bom exemplo dessa hipótese, que cada vez mais vem sendo utilizado pela doutrina, é o reconhecimento de uma especial condição de vulnerabilidade social da vítima.[58]

Esta atenuante inominada abre espaço para que o juiz repare certas injustiças evidenciadas no processo através da uma redução da carga punitiva.

Hipótese muito interessante, que caberia trabalhar em nossa *praxis* forense como abrigada por este dispositivo seria a redução de pena por casos de quase-prescrição[59].

É sabido que a submissão ao processo é, em si mesma, um suplício. E justamente para evitar o prolongamento eterno de tal angústia, desenvolveu-se o instituto da prescrição. No entanto, é certo que existem feitos que se arrastam por anos a fio e, à borda do rompimento do limite da prescrição recebem o impulso processual que interrompe tal prazo. Por vezes, casos desta natureza estão associados a dilações indevidas do processo de responsabilidade do próprio Estado. A legislação espanhola prevê o art. 21.6º do Código Penal[60], que tal situação consiste em uma atenuante genérica de pena. É evidente que a hipótese só teria cabimento se a dilação processual não tivesse origem em iniciativa do próprio acusado, e restrito somente à contagem do prazo depois de iniciado o processo, já que antes, o impulso do processo pode depender de *notitia criminis* e não intervenção de autoridade[61].

Uma vez que o fundamento da prescrição passa pela teoria da emenda tanto quanto pela teoria do esquecimento, levando a que a pena perca função de controle social, parece lógico proceder uma redução da pena, quando quase se alcança, sem culpa do agente, o prazo fulminante no curso do processo, por inércia do Estado.

3 ALTERADORES ESPECIAIS DA PENA. CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO

Vencida a segunda etapa da aplicação da pena, que é a consideração das

circunstâncias legais atenuantes e agravantes, deve o juiz percorrer a terceira fase de fixação da pena, consistente na análise das causas de aumento e das causas de diminuição de pena.

Ao contrário da etapa anterior, aqui, a redução ou aumento podem transpor os limites máximo e mínimo da pena-base, porque há quantificação predeterminada em cada cláusula. Todas as causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição da pena são identificadas porque estabelecem uma referência fracionária ou numeral a uma pena preexistente, por exemplo, um quarto da pena, metade da pena, de um a dois terços, o dobro, o triplo etc. Portanto, elas dependem de que a pena tenha sido já fixada nas etapas anteriores.

Assim, existem causas gerais de aumento e diminuição de pena, quando são referidas na parte geral, sendo aplicáveis a todos os crimes, indistintamente; e existem causas especiais de aumento ou diminuição, que referem-se especificamente a um crime ou a um grupamento de crimes.

Quando o aumento ou diminuição é variável, deve-se buscar o fundamento material que justifica a existência do aumento ou diminuição para o estabelecimento do seu *quantum.*

Assim, por exemplo, a redução de pena de um a dois terços derivada da tentativa (art. 14, parágrafo único, do Código Penal) é uma causa geral de diminuição associada à aproximação maior ou menor – tentativa acabada ou inacabada – da consumação. Do mesmo modo, o aumento de pena de um a dois terços previsto no art. 226, IV, *a* do Código Penal para crime de estupro praticado por dois ou mais agentes, cuja variação corresponderá ao número de agentes implicados.

3.1 Causas de aumento

São circunstâncias legais às quais corresponde a majoração da pena, em quantidade determinada, fixa ou variável, estabelecida na norma, encontrando-se tanto na parte geral, quanto na parte especial do Código Penal, como por exemplo, o art. 121, § 4º, e o art. 157, § 2º, ou na parte geral do Código Penal, como por exemplo, no art. 29, § 2º, casos de *cooperação dolosamente distinta*.

3.2 Causas de diminuição

As causas de diminuição são, também, circunstâncias definidas na lei, às quais, todavia, correspondem a diminuição da pena, em quantidade fixa ou variável, entre graus máximo e mínimo. Exemplo clássico é o do § 1º do art. 121 do Código Penal. Também há causas de diminuição definidas na parte geral, como no parágrafo único do art. 14 do Código Penal, ou na hipótese do *arrependimento posterior*, definido no art. 16 do Código Penal.

3.3 Cômputo das causas de aumento e diminuição

Pode ocorrer a incidência, num mesmo fato, de mais de uma causa de diminuição, de mais de uma causa de aumento, bem assim de duas de aumento e uma de diminuição, ou de duas de diminuição e uma de aumento; é possível ainda que umas sejam da parte geral, outras da parte especial.

Essas situações são classificadas como: *concurso homogêneo*, entre causas de diminuição somente ou entre causas de aumento somente; *concurso heterogêneo*, entre causas de aumento e de diminuição simultaneamente.

Para a solução do concurso homogêneo, estabelece o art. 68, parágrafo único, do Código Penal as seguintes situações: havendo mais de uma causa de aumento ou diminuição especiais, pode o juiz aplicar apenas um, valendo-se da outra como agravante genérica ou como circunstância judicial, permanecendo sempre a que mais aumenta ou diminui, como causa especial. Caso haja concurso entre duas ou mais causas gerais de aumento ou diminuição, estas podem ser todas computadas. Caso haja concurso homogêneo entre uma causa geral e outra especial ou entre várias causas gerais e uma especial, todas devem ser computadas. Resumidamente, pode-se dizer que no concurso homogêneo todas as causas devem ser computadas, sendo vedada apenas a cumulação de causas especiais, as quais devem resolver-se mediante o reenvio da menos significativa para o campo das agravantes genéricas ou para o campo da pena-base, como circunstância judicial, desde que coincidente o seu fundamento.[62]

Embora o Código utilize a locução *"pode o juiz"* para referir-se à limitação do

emprego das causas especiais de aumento em casos de concurso homogêneo, a melhor interpretação é de que seja a situação tratada como cogente. Isso porque, a conversão de uma das causas especiais de aumento em uma circunstância judicial ou agravante genérica obrigatoriamente diluirá sua interferência em relação às possibilidades de agravação da pena do réu, vindo em seu favor, já que é da *praxis* forense o entendimento de que uma agravante ou atenuante genérica não pode ultrapassar as frações correspondentes de modo usual às causas gerais e especiais de aumento e diminuição de pena e, por outro lado, as circunstâncias judiciais são avaliadas todas em conjunto, tomando-se a culpabilidade por guia geral.

Nos concursos entre causas de aumento ou diminuição gerais e especial, serão computadas primeiro as gerais, depois a especial.

Para a solução do concurso heterogêneo entre uma causa de diminuição e uma de aumento, verifica-se que a ordem de aplicação entre as causas de aumento ou diminuição não altera o *quantum* resultante, de maneira a ser indiferente a consideração das causas de aumento ou de diminuição antes ou depois, somente restando estabelecido que as causas gerais devem preceder as especiais, exceto no que pertine às regras de concurso de delitos, que devem ser as últimas a serem consideradas.

Discutiu-se durante largo tempo na doutrina e na jurisprudência a propósito do *modus operandi* do cálculo da incidência das causas de aumento e de diminuição de pena, a fim de precisar se o cálculo, em havendo mais de uma causa, deveria ser de consideração individuada de cada uma das circunstâncias ou se todas deveriam incidir cumulativamente sobre a pena alcançada ao final da segunda fase de fixação.

Surgiram então duas teorias. A *teoria da incidência cumulativa*, para a qual todas as causas de aumento ou de diminuição deveriam ser computadas sobre o *quantum* obtido na segunda fase de fixação da pena. A solução é criticável, à vista de que, caso haja duas causas de diminuição de dois terços da pena, por exemplo uma tentativa imperfeita de um crime em que exista a aplicação de um arrependimento posterior muito próximo à prática delitiva, chegar-se-á ao absurdo da *pena negativa*.[63] Assim, apareceu como oposição a chamada *teoria da incidência isolada*,

que pretendia fosse realizado o cálculo de cada uma das causas de aumento ou diminuição incidindo sobre o resultado da aplicação da causa de aumento ou diminuição computada anteriormente. Tal postura é igualmente criticável, eis que dessa forma se estaria dando relevância sucessiva, em cada operação, à incidência das agravantes e atenuantes genéricas, que deram ensejo à pena da fase anterior, gerando uma intolerável cumulação de frações de penas derivadas de frações anteriores, em um indisfarçável e inexorável *bis in idem*.

Como medida conciliatória, apareceu então a *teoria da incidência diferenciada*, onde as causas de aumento incidem sobre a pena obtida na segunda fase da fixação, a fim de não repetir-se a influência das agravantes e atenuantes, sendo que, em seguida, as causas de diminuição são computadas sucessivamente, umas sobre o resultado das outras.

Portanto, há uma diferenciação na fórmula de aplicação das penas, segundo sejam causas de aumento ou de diminuição. As causas de aumento incidirão todas sobre o total de pena obtido na segunda fase, após a consideração das agravantes e atenuantes genéricas. As causas de diminuição incidem, por sua vez, cada qual sobre a pena encontrada na operação imediatamente anterior, cumulativamente, umas sobre as outras. A segunda causa de diminuição incidirá sobre a pena obtida após a incidência da primeira causa de diminuição, e assim sucessivamente.

Isso obriga a estabelecer uma ordem entre as causas modificativas da pena, conduzindo a que obrigatoriamente sejam computadas primeiro as causas de aumento de pena, depois as causas de diminuição. Entre as causas de aumento, devem ser computadas primeiro as gerais, depois a especial, justamente porque esta deverá ser reduzida a uma única. Do mesmo modo, entre as causas de diminuição, computa-se primeiro as gerais, depois a especial.

A exceção refere-se ao concurso formal e ao crime continuado, que igualmente impõem a conversão das penas em frações, mas que terão incidência sobre a pena-base atenuada ou agravada já acrescida de qualquer outro aumento ou reduzida em razão de qualquer causa de diminuição, ou seja, serão uma etapa já não de *individualização* da pena segundo cada crime, mas de resolução a respeito do global

das penas. Por essa razão, destinou-se neste livro capítulo próprio para a discussão do tema, para onde se remete o leitor.[64]

---

1 Segundo Quintillano Saldaña (SALDAÑA, Quintiliano. Estudio Preliminar. *Las personas morales y su responsabilidad penal* [Aquiles Mestre]. Trad. de César Camargo y Marín, Madrid: Gongora, 1930, p. 11), a expressão *individualização da pena* foi primeiramente utilizada por Wilhelm Emil Wahlberg, penalista de escasso renome e professor da Universidade de Viena, em 1869, no auge do cientificismo biologicista, em que se pretendia, segundo uma *doutrina do caráter*, estabelecer a pena referida ao caráter de cada criminoso, ou seja, individualizar (Confira-se em WAHLBERG, Wilhelm Emil. *Das Prinzip der Individualizierung in der Strafrechtspfledge*. Viena: Carl Gerold's Sohn, 1869). Naturalmente, hoje em dia não se sustenta um discurso como este. Ainda que a expressão *individualização* queira significar precisamente o estabelecimento de uma pena moldada segundo as características do indivíduo, isso não pode ter nenhuma pretensão de "engenharia social", senão, bem pelo contrário, deve traduzir a necessidade de controle e limitação da pena, que não pode ser imposta desprezando as peculiaridades daquele que a sofre.

2 Nesse sentido: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 5. ed. Barcelona: Reppertor S. L., 1998. p. 74. Para detalhes no Brasil, veja-se BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do Direito penal brasileiro*. 3. ed. Curitiba: Paulo César Busato, 2012. p. 228.

3 CARVALHO, Amílton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 43 ss; e SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 569.

4 HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito penal*. Trad. de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 153.

5 HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos*... cit., p. 158-159.

6 Ver, a respeito, ETZEL, Rogério. "Individualização judicial da pena: uma nova abordagem sobre o cálculo dosimétrico no concurso de circunstâncias agravantes

e atenuantes", *in Revista Magister de Direito penal e processual penal n 49, ago.-set. de 2012.* Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2012, pp. 70 e ss.

7 Durante a vigência do Código de 1940, houve discussão doutrinária a respeito de quantas etapas estariam compreendidas no processo de fixação da pena. De um lado, Nélson Hungria entendia haver três fases, a saber, pena-base, circunstâncias agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena. De outro lado, Roberto Lyra sustentava a necessidade de serem consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes concomitantemente à pena-base. O tema foi resolvido na reforma de 1984, deixando claro o Código a opção pelo sistema em três etapas.

8 Nesse sentido, a opinião de Muñoz Conde: "Ante esta excessiva intromissão do poder punitivo do Estado no âmbito dos direitos individuais mais sagrados, o problema dos limites ao poder punitivo estatal, limites que se baseiam em última instância, na dignidade humana e na própria ideia de Justiça, segue sendo um problema fundamental. A meu juízo, estes limites podem ser reduzidos à vigência, não só formal, mas material também, de dois princípios fundamentais: o princípio de intervenção mínima e o princípio de intervenção legalizada do poder punitivo do Estado. Porém, na doutrina costumam assinalar-se outros, como o de humanidade, culpabilidade, proporcionalidade etc., que, na realidade, não são mais do que diversas formas de aparição dos mencionados anteriormente. Certamente alguns deles chegaram a cobrar tal importância no moderno Direito penal que costumam ser tratados autonomamente ao mesmo nível que o de intervenção mínima ou o de intervenção legalidade. Assim ocorre, por exemplo, com o princípio de culpabilidade [...]". MUÑOZ CONDE Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes *Derecho penal. Parte General.* 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 70.

9 Veja-se, a respeito: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio *Derecho penal. Introducción.* Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 392. Também em Paulo César Busato. *Fundamentos*... cit., p. 265 ss.

10 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992. p. 262.

11 BUSATO, Paulo César. *Fundamentos*... cit., p. 277 ss.

12 Veja-se: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 74. Tambe comentamos o tema em Paulo César Busato. *Fundamentos*... cit., p. 228.

13 É que nos delitos de acumulação acaba havendo, além de uma clara violação de ideia de ofensividade, principalmente, um rompimento do princípio de culpabilidade, já que o resultado acaba sendo atribuído a um autor em razão da atitude delituosa de outro. Veja-se, a respeito: DIAS, Augusto Silva. What i everybody did it?: sobre a (in)capacidade de "ressonância" do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, nº 13, 2003, p. 303.

14 Essa classe de direito chegou a respirar na ideia de culpabilidade por condução c vida do nacional--socialismo alemão, defendida, em seu momento, por Mezger. Veja-se, a respeito: MEZGER, Edmund.*Tratado de Derecho penal*. 3. ed. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. t. I p. 58-68.

15 Constituição Federal, art. 5º, inciso XLVI.

16 HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos*... cit., p. 153.

17 HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos*... cit., p. 158-159.

18 AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Direito penal e emoções: uma análise da culp jurídico-penal a partir da personalidade do agente materializada no fato criminoso. *Temas Criminais*. A ciência do Direito penal em discussão. Org. Denis Sampaio e Orlando Faccini Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2014. p. 83.

19 Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I.* 4. ed. München: C.H.Be 2006. p. 92.

20 Veja-se, a respeito: BITENCOURT, Cezar Roberto.*Tratado de Direito Penal. Parte Geral.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 576; ZAFFARONI Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique.*Manual de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 785; FERREIRA Gilberto. *Aplicação da pena.* Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 70.

21 Veja-se: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal.* 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p 941.

22 ROXIN, Claus.*Derecho penal*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Migue

Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p 103.

23 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal...* cit., 524-526.

24 BITENCOURT, Cezar Roberto*Novas Penas Alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 589.

25 Veja-se como exemplo o tema debatido na Apelação nº 0013264-68.2016.8.16.0013, do TJPR, 5ª Câmara Criminal, Relatora: Desembargador Maria José de Toledo Marcondes Teixeira.

26 Veja-se, a respeito: BITENCOURT, Cezar Roberto*Novas Penas Alternativas...* cit., p. 591; BOSCHI, José Paganella*Das penas e seus critérios de aplicação.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 201; e SANTOS, Juare Cirino dos. *Direito Penal...* cit., p. 571. Veja-se, também: STF HC 3494/SP Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJ* de 18-9-1995.

27 Veja-se, sobre a dessocialização provocada pelo cárcere: MUÑOZ CONDE Francisco; HASSEMER, Winfried*Introdução à Criminologia.* Trad. de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 187 ALBRECHT, Peter-Alexis.*Criminologia. Uma fundamentação para o Direito penal.* Trad. de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2010. p. 440 ss; GARCÍA RAMÍRE Sergio. *La prisión.* México: Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 53 CARVALHO, Salo de.*Anti-manual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 141; BITENCOURT, Cezar Roberto*Falência da pena de prisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 145-146.

28 Para detalhes sobre o tema veja-se: BUSATO, Paulo César.*Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 448 ss.

29 Em sentido similar ao do texto: BITENCOURT, Cezar Roberto*Novas Penas Alternativas...* cit., p. 592.

30 Por exemplo, AP nº 583434-2, 5ª Câmara Criminal do TJPR, Rel. Rogério Etzel, AP nº 561047-5, 5ª Câmara Criminal do TJPR, Rel. Marcus Vinícius de Lacerd Costa.

31 Sobre a insegurança do conceito psicológico de personalidade, veja-se: SANTOS Juarez Cirino dos. *Direito penal...* cit., p. 572.

[32] Veja-se: FERREIRA, Gilberto *Aplicação da pena*... cit., p. 26; e NUCCI Guilherme de Souza. *Individualização da pena.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 193.

[33] Nesse sentido: FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*... cit., p. 26.

[34] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*... cit., p. 187-188.

[35] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit.. p. 579.

[36] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Monismo y Dualismo. Culpables y peligrosos *Neurociencia y Derecho penal.* Dir. Eduardo Demetrio Crespo. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: BdeF Edisofer, 2013. p. 666.

[37] Em especial o Tribunal de Justiça do Paraná. Cf. AP nº 339292-9, 3ª Câmara Criminal do TJPR, Rel. Albino Jacomel, e AP nº 468765-4, 4ª Câmara Criminal do TJPR, Rel. Luiz Zarpelon.

[38] Veja-se, por exemplo, a opinião de Hassemer: "o motivo da apropriação – por exemplo, vingança, cobiça, fome, avareza – que para o próprio autor de modo algum é sem importância, mas, no verdadeiro sentido da palavra é 'determinante', pelo Parágrafo 242 do StGB não precisa ser apreciado se se quer saber se a conduta deve ser qualificada penalmente como 'furto'". HASSEMER Winfried. *Introdução aos fundamentos*... cit., p. 137. Com idêntica conclusão, veja-se, entre os autores brasileiros: BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado*... cit., p. 15; TELES, Ney Moura; *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 372.

[39] Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 646.

[40] *V. g*.: SANTOS, Juarez Cirino dos *Direito penal*... cit., 599-600. Contra: FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*... cit., p. 103.

[41] Sobre as diferentes fórmulas de cômputo e a prevalência técnica do sistema indicado, veja-se, com detalhes, ETZEL, Rogério. "Individualização judicial da pena... cit., pp. 75-88.

[42] Sobre tais problemas, veja-se, com detalhes, Idem, pp. 74-88.

[43] Tal opinião é defendida por parte da doutrina. Por exemplo, em defesa de que a reincidência deveria ser considerada atenuante genérica, comenta Juarez Cirino dos Santos que "é necessário reconhecer: a) se o novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo

cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados" (SANTOS, Juarez Cirino dos.*Direito penal...* cit., p. 580). A posição, porém, parece igualmente radical, partindo do pressuposto de que nenhum condenado tem possibilidade de se ressocializar, o que não é verdadeiro. Parece mais adequada uma posição intermediária em defesa da ideia de que o fato de reincidência tanto possa ser considerado positivo quanto negativo.

44 Trata-se do HC 142.102-RJ, Relator: Min. Og Fernandes, 6ª Turma do STJ.

45 Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

46 Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no

âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

47 Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

48 O art. 244-B da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, com redação dada pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, prescreve: "Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."

49 Nesse sentido: BOSCHI, José Paganella. *Das penas*... cit., p. 267.

50 Nesse sentido: BOSCHI, José Paganella. *Das penas*... cit., p. 269.

51 Veja-se os comentários de Luigi Ferrajoli sobre o princípio de reserva de Código em La pena in una società democratica. *Questione giustizia (03-04)*. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 538.

52 Veja-se, a respeito, o Capítulo 12 deste livro.

53 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

54 A doutrina entende que exigível certa segurança probatória derivada da confissão Nesse sentido: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Org.). Código Penal sua Interpretação Jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 p. 809. A inexistência de valor jurídico processual da confissão retratada, dita *qualificada*, já havia antes sido observada por autores clássicos sobre o tema da prova no processo penal, tais como Malatesta (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. de Paolo Capitanio. Bookseller: São Paulo, 1996. p. 468) e Mittermaier (MIT-TERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. de Herbert Wüntzel Heinrich. Bookseller: São Paulo, 1997. p. 217-219).

55 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza *Individualização da Pena*... cit., p. 255.

56 Veja-se, a respeito, os julgados que deram origem à súmula, a saber AgRg no AgI no AREsp 1053604 AC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINT TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017; AgRg no AREsp 126352 MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURI julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018; AgRg no AREsp 1308356 MG, Rel Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, D 17/08/2018; AgRg no REsp 1417551 SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, R p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURM julgado em 24/10/2017, DJe 12/12/2017; AgRg no REsp 1594486 SP, Rel Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado 21/09/2017, DJe 02/10/2017; AgRg no HC 432165 MS, Rel. Ministro FELI FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 29/05/2018; AgI no HC 438846 MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julga em 05/06/2018, DJe 12/06/2018; AgRg no HC 448692 SC, Rel. Ministr REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado 26/06/2018, DJe 01/08/2018; HC 168369 MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 18/05/2011; HC 431541 MS Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/201 DJe 28/08/2018 e HC 437135 SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIC SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018.

57 BOSCHI, José Antônio Paganella *Das penas*... cit., p. 278. No mesmo sentido: GALVÃO, Fernando. *Direito Penal. Curso Completo. Parte Geral* 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 710-711.

58 A questão diz respeito à chamada coculpabilidade. Para um panorama a respeito tema, inclusive com sugestão de várias outras hipóteses de inserção nas disposições legais brasileiras, veja-se: MOURA, Gregore. *Do princípio de coculpabilidade*. Niterói: Ímpetus, 2006, especialmente p. 89 ss.

59 Sobre o tema veja-se RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. "La atenuante analógica c cuasiprescripción", *in Dret. 3/2017*. Barcelona, Julho de 2017.

60 "O atraso extraordinário e indevido no processamento do procedimento, desde qu não seja imputável ao acusado e que não seja compatível com a complexidade do caso".

61 No mesmo sentido, RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “La atenuante analógica c cuasiprescripción”, *in Dret. 3/2017.* Barcelona, Julho de 2017, p. 3.

62 Em sentido similar ao do texto: BITENCOURT, Cezar Roberto*Código Penal comentado*... cit., p. 199. Assim também já se posicionaram os Tribunais Superiores brasileiros. Veja-se, por exemplo, STF, 2ª Turma, HC 85.414-MG de 2005, e STJ, HC 11.337, de 2000, Relator Min. Félix Fischer.

63 A hipótese chegou a ser aventada em julgado do Supremo Tribunal Federal (JSTF 196/298).

64 Trata-se do Capítulo 18.

Capítulo 19

O CONCURSO DE CRIMES

1 INTRODUÇÃO

Teoricamente, se os crimes são previstos em normas que visam compreender determinadas condutas, toda conduta deveria ser reconhecível em um único modelo incriminador.

A realidade criminológica, porém, é bastante mais rica e complexa que isso, levando a que não poucas vezes o operador do direito tenha que realizar muito mais que um mero processo de subsunção para atribuir a carga de responsabilidade a cada um.

Nem sempre o fenômeno criminoso ocorre de um modo isolado. Não são poucas as situações em que vários delitos ocorrem dentro de um mesmo contexto, realizados por um mesmo autor, ou pelo mesmo grupo de autores. Ao lado disso, a própria distinção entre onde começa um delito e termina outro e qual é exatamente a norma aplicável para a situação concreta exigem um trabalho hermenêutico bastante intenso.

Nesses casos, há variáveis importantes entre os casos: existem situações em que vários resultados delitivos são produzidos por uma única conduta sucessiva ou simultaneamente; há outros em que várias condutas sucessivas, mas similares, dão ensejo a diversos resultados delitivos. Para a solução desses problemas, é preciso debruçar-se fundamentalmente sobre o conceito de ação (a fim de verificar quantas e quais tiveram lugar no caso concreto) e na concepção de norma (para entender quantas e quais são aplicáveis na hipótese).

Importa estabelecer regras para a tratativa desses casos, que preservem uma ideia geral de proporcionalidade. Essas regras são as que regulam os critérios de identificação de unidade e pluralidade de ações e resultados, as fórmulas de concurso ideal e real de delitos e as regras de resolução do conflito aparente de leis penais.

Este último tópico aparece, por vezes, estudado no âmbito da interpretação da lei. Porém, é certo que o método de interpretação empregado para a identificação da unidade/pluralidade de delitos implica necessariamente passar pela identificação dos tipos aplicáveis aos casos, o que exige a realização da interpretação que, por vezes, passa necessariamente pela questão do conflito aparente de norma.

Hurtado Pozo destaca bem a relação entre concurso de leis e concurso de delitos:

> "O elemento comum ao concurso aparente de leis e ao concurso ideal é a unidade de ação. A diferença reside em que no primeiro a ação é compreendida plenamente por uma das disposições legais que parecem ser aplicáveis (tipicidade única), enquanto que no concurso ideal a ação única requer a aplicação simultânea de várias disposições (tipicidade plural)."[1]

Resta claro, portanto, que o estudo do concurso de delitos, ou seja, definir se o caso é de concurso ideal ou formal e concurso material ou real, passa por determinar antes a norma incriminadora aplicável, o que, por vezes, exige dirimir prévio conflito aparente de normas. Afinal, só é possível reconhecer determinado tipo de ação em sua unidade ou pluralidade se antes resta definida precisamente a norma aplicável.

Por exemplo, se alguém mata outro com um tiro, realiza lesões corporais e homicídio, não obstante deva ser punido só pelo último. Caso, no entanto, o arremesso de uma pedra quebre a vidraça de uma casa e atinja a cabeça de alguém lá dentro, o autor deve responder pelos dois crimes (dano – art. 163 – e lesões corporais – art. 129 – ambos do Código penal) em concurso formal ou ideal; finalmente, se uma pedra é jogada na vidraça da casa e, em seguida, outra é jogada atingindo quem está lá dentro, os mesmos crimes são apurados na forma de concurso real ou material de delitos.

2 O CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS INCRIMINADORAS

No processo de atribuição de responsabilidade penal através da afirmação de um tipo de ação, realiza-se uma pretensão conceitual de relevância da norma. A

pretensão conceitual de relevância dá-se pelo ajuste conceitual entre um modelo típico e a ação ou omissão analisada. Conquanto essa seja apenas a primeira etapa do processo hermenêutico de afirmação das pretensões de validade da norma, já aqui é frequente que mais de um preceito encontre correspondência na ação ou omissão realizadas. Assim, por exemplo, quando alguém aponta uma arma para outra pessoa e exige que esta lhe entregue a carteira, estará, a um só tempo, realizando a ação descrita pelos arts. 147 (ameaça), 155 (furto) e 157 (roubo), todos do Código Penal brasileiro.

É preciso estabelecer mecanismos para identificar, diante da ocorrência de um único delito, qual dos tipos deve ser a base da incriminação.

A situação de conflito aparente de normas penais incriminadoras é, portanto, a situação que ocorre quando um mesmo fato, constitutivo de uma só infração, encontra enquadramento em mais de uma norma incriminadora. Nesse caso, conquanto aparentemente vários dispositivos sejam aplicáveis, apenas um deles efetivamente o será. Evidentemente, havendo várias realizações delitivas, poderia surgir o chamado concurso de crimes, ou seja, a realização de vários sucessivos delitos. A hipótese de conflito aqui tratada, ao contrário, refere-se a um único fato, que, não obstante, encontra correspondência em mais de uma descrição jurídica, ou seja, em mais de um conceito.

É sabido que a interpretação do sentido de uma ação, porque composta de vários atos, nem sempre torna muito claro, no acontecimento, quando se está diante de um único crime ou de vários.

Para tal identidade, é necessário acudir como critério diferenciador ao desvalor (de ação e resultado) contido na situação analisada. Assim, quando haja um preceito capaz de corresponder à totalidade do desvalor do fato realizado, se está diante de um único crime e ocorre a necessária aplicação do processo de solução do conflito aparente de normas. No concurso de crimes, ao contrário, o desvalor do fato (ou fatos) não se esgota com a aplicação de um único preceito legal. Assim, por exemplo, se o indivíduo contra quem foi expedido um mandado de prisão é detido por uma autoridade policial, porém, opõe-se mediante violência à realização da prisão e,

ainda, dirige vários impropérios ao agente público em questão, não apenas está cometendo o crime de resistência (art. 329 do Código Penal), como ainda comete também o crime de desacato (art. 330 do Código Penal). Ao contrário, por exemplo, se um funcionário público responsável pelo pagamento de trabalhadores terceirizados se apodera dos valores a estes destinados, não comete apropriação indébita (art. 168 do Código Penal) e peculato (art. 312 do Código Penal), mas apenas peculato.

Portanto, havendo uma situação onde a um único fato pode ser aplicável mais de um preceito incriminador, é necessário estabelecer as regras pelas quais será realizada a seleção entre os distintos preceitos para fins de identificação do tipo de ação.

As regras utilizadas para a solução desses casos são a *especialidade*, a *subsidiariedade* e a *consunção*.[2]

A primeira regra, da *especialidade*, sustenta que o preceito *especial* tem preferência em face do preceito *geral*. Ou seja, o enunciado que contempla mais detalhadamente o caso e que encontra correspondência mais acabada e específica deve ser aplicado preferencialmente em face daquele que contempla o fato de maneira mais genérica. Essa situação é facilmente exemplificada através da análise das chamadas figuras *qualificadas*. Quando se observa, por exemplo, o art. 121 do Código Penal, a expressão *matar alguém* é um enunciado genérico, que levaria qualquer caso de homicídio doloso a ser identificado – em princípio – como o crime do art. 121, *caput*, do Código Penal. Porém, no § 2º do mesmo art. 121 aparecem várias hipóteses *qualificadoras* do homicídio, ou seja, hipóteses em que se altera a pena pela presença de uma circunstância adicional especial. Por exemplo, se o crime de homicídio é cometido mediante o emprego de veneno. Nesse caso, a norma aplicável deixa de ser o art. 121, *caput*, e passa a ser o art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal.

A regra da *subsidiariedade* é a que determina a aplicação de um preceito subsidiário somente onde o preceito principal não encontra encaixe. A norma principal prevalece sobre a subsidiária. Esta última só tem aplicabilidade onde a primeira falta. A subsidiariedade pode apresentar-se sob duas formas: expressa ou

tácita.

Existe subsidiariedade expressa quando a própria norma incriminadora prevê sua aplicabilidade restrita a situações em que outro fato não ocorra. Acontece, no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, com o art. 132 do Código Penal, o chamado *crime de perigo comum*. Trata-se de um crime que consiste na simples exposição de alguém a perigo direto e iminente. Claramente, várias situações criminosas, como uma tentativa de homicídio, por exemplo, expõem a vítima a perigo. O crime, no entanto, só acontece diante da *não ocorrência de crime mais grave*. Essa disposição específica, reservando sua aplicabilidade apenas à míngua da presença de outro crime mais grave, estando expressa na descrição do próprio tipo, é o que se chama subsidiariedade expressa.

Por outro lado, a subsidiariedade pode também ser tácita, decorrente da interpretação lógica da situação e não de previsão da própria norma. Por exemplo: o crime de dano (art. 163 do Código Penal) é subsidiário em relação ao furto com rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal), na hipótese de que tenha havido o arrombamento de uma porta para realizar o furto.

Existe ainda a regra da consunção, que estabelece que a norma que abarca todo o desvalor atribuído pelo ordenamento jurídico a um caso concreto tem precedência sobre outra que somente abriga parte desse desvalor. Assim, o preceito principal absorve todos os demais preceitos *consumidos* no processo de seu alcance. Nesse caso, a norma que define um determinado crime resulta ser ato preparatório normal ou meio necessário para a realização de outro crime. Por exemplo, evidentemente, todo homicídio (art. 121 do Código Penal) pressupõe, no caminho de sua realização, a prévia realização de lesões corporais (art. 129 do Código Penal). No entanto, não poderá o autor de homicídio ser responsabilizado pelo crime de homicídio e pelo de lesões corporais, mas apenas pelo crime de homicídio.

São muitas as hipóteses em que durante o *iter criminis* o autor vai realizando atos que compõem o conjunto que determina a ação pretendida, mas que, por si sós, constituem também crimes. Por exemplo, quem pretende furtar uma residência (art. 155 do Código Penal) se obriga, por exemplo, a entrar nela sem o consentimento de

seu proprietário (art. 150 do Código Penal), porém, não será responsabilizado por furto e violação de domicílio, mas apenas por furto, pois a violação do domicílio terá sido consumida pela realização do furto. Do mesmo modo, quem arromba a porta da residência para realizar o furto responderá por furto qualificado (art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal) e não por furto qualificado e dano (art. 163 do Código Penal).

Como regras gerais derivadas da consunção, temos que na confluência entre um crime de perigo e outro de dano/lesão, o crime de dano/lesão consome o crime de perigo, consistindo em *bis in idem* a punibilidade de ambos simultaneamente. Por exemplo, se para conseguir a produção de uma lesão gravíssima alguém dispara arma de fogo contra a vítima, não vai responder por disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003) e lesões corporais (art. 129, § 2º, do Código Penal), mas apenas por lesões corporais.

3 A POLÊMICA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO CONCURSO DE DELITOS

O tema "está situado no polo diametralmente oposto ao concurso de pessoas. Enquanto no concurso de pessoas existe a unicidade de crime em face da pluralidade de agentes, no concurso de crimes existe a situação jurídica da unicidade de agente em face da pluralidade de crimes".[3]

É justamente essa circunstância que conduz à polêmica sobre onde, exatamente, deve ser estudado o concurso de delitos.

Discute-se justamente a natureza jurídica do instituto, se ele constitui parte da teoria da pena ou da teoria do delito, uma vez que apoia seus pontos de discussão tanto nos tipos realizados (desvalor de ação e de resultado), quanto nas sanções aplicáveis, conforme os critérios de *exasperação* e *cumulação* de penas.[4]

Ao verificar-se uma contraposição direta ao concurso de pessoas, a remessa mais óbvia e direta é à teoria do delito. Seria o caso de entender, em princípio, que o estudo do concurso de crimes é parte do estudo sobre a teoria do delito.

O argumento principal esgrimido para entender que o concurso de crimes deve ser tratado no âmbito da teoria do delito, porém, é que o concurso representa uma

“forma específica de manifestação do delito”[5] e, enquanto tal, faz com que o cúmulo de penas remeta a um precedente lógico, que é o cúmulo de delitos atribuíveis a um único sujeito.[6]

Por outro lado afirma-se, em sentido oposto, que o tema refere à teoria da pena, pois no caso de concurso de delitos, já se supõe presente a concorrência de todos os pressupostos de afirmação de cada um dos delitos em questão. Resta discutir como repartir a reprovação deles.[7]

Essa é a posição majoritariamente adotada pela doutrina brasileira entendendo que o concurso de delitos é a última regra a ser considerada dentro da terceira fase de fixação da pena.[8]

Há, porém, uma perspectiva intermediária, entendendo que o concurso de delitos é uma questão tanto de teoria da pena quanto de teoria do delito, o que obriga à sua tratativa isolada de ambas, conforme se faz no presente escrito.

Esse ponto de vista foi defendido por importantes nomes da doutrina penal, tais como Mezger e Maurach.

Para Mezger, o concurso formal ou ideal constitui uma figura adstrita à teoria do tipo, enquanto que o concurso material ou real deve ser discutido na teoria da pena.[9]

Maurach[10] subscreveu a mesma opinião, assinalando que a teoria da pena, ainda que constitua mera consequência da teoria da imputação, influi em sua configuração, já que a regulamentação jurídica existe tanto nos casos de unidade quanto de pluralidade de ações. Porém, afirmou também que essa posição sistemática entre a teoria do delito e a teoria da pena é justamente o que promove especiais dificuldades técnicas e conceituais para a teoria do concurso.

A despeito das dificuldades que efetivamente surgem, é certo que os conceitos de ação e resultado, que são conceitos atinentes à teoria do delito, efetivamente fazem parte da definição das regras de concurso de crimes que, por sua vez, remetem diretamente ao plano da reprovabilidade ao terem por consequências distintas fórmulas de aplicação da pena. Assim, no que concerne à natureza jurídica, a teoria do concurso de crimes não pode subscrever--se diretamente nem à teoria da pena nem à teoria do delito, conquanto se sirva de ambas.[11]

Parece correto afirmar, portanto, que sistematicamente o mais correto é isolar a discussão sobre o concurso de crimes tanto da teoria da pena quanto da teoria do delito, tratando-o em tópico separado, como se faz aqui.[12]

4 AS ORIGENS HISTÓRICAS DA DISCUSSÃO JURÍDICO-PENAL SOBRE CONCURSO DE DELITOS

Envolta em polêmica, a origem histórica das regras de concurso – em especial do que se qualifica de *continuidade delitiva* – é imprecisa.

De qualquer modo, uma boa parte da doutrina sustenta que nem o direito romano,[13] nem o direito antigo[14] (germânico ou o canônico), tiveram sistema de regramento específico para tal circunstância.

Foram os chamados *práticos*, ou *pós-glosadores*, aqueles que firmaram a base sistemática do concurso de delitos, a partir da necessidade de solução para um problema concreto, que era a necessidade de abrandar as penas para determinadas situações em que estas se viam incrementadas pela repetição de delitos, como era, principalmente, o caso do terceiro furto, que gerava a pena de morte.[15]

O tema do concurso de crimes teve suas bases firmadas por Koch, quem primeiramente tratou de distinguir entre *concursus simultaneus* (unidade de ação), *concursus succesivus* (pluralidade de ações) e *concursus continuatus* (crime continuado), propondo como solução para esses casos os critérios de absorção, exasperação e unidade.[16]

Especificamente sobre a criação da figura do jurídico-penal da continuidade delitiva, a doutrina costuma apontar para Próspero Farinaccio como seu criador.[17]

De qualquer modo, a criação prática somente alcança expressão legislativa através do Código Penal da Baviera, uma construção de Feuerbach.[18]

Especificamente no que tange ao Direito penal brasileiro, o Código Penal do Império, em 1830, simplesmente não tratou do tema.[19]

Alguma regulamentação sobre concurso formal, material e crime continuado apareceu apenas com o Código Penal da República de 1890, especificamente em seu art. 66.[20]

Com efeito, estabelecia-se no § 1º do referido art. 66 uma regra de cúmulo material de penas, ou seja, somatória delas, para quando o criminoso, na expressão do Código, fosse *convencido* de mais de um crime, o que queria dizer que tivesse atuado com direcionamento subjetivo para a produção do resultado plural. Os §§ 2º e 3º trabalhavam com os requisitos para o reconhecimento de uma continuidade delitiva, que remetia a uma unidade de pena. O § 4º, por sua vez, tratava de impor um limite máximo de 30 anos para o cumprimento de pena.

Esse conjunto de dispositivos efetivamente limitava o âmbito sancionatório em caso de prática de vários delitos.

A redação do texto, porém, à época foi amplamente criticada, especialmente no que refere à continuidade delitiva, porque era imprecisa no que tange à determinação clara do elemento subjetivo como parte exigível para o reconhecimento da continuidade.[21]

Daí que a redação do dispositivo foi alterada pelo Decreto-lei nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923, o qual definia a *resolução* a respeito das práticas delitivas como elemento diferenciador.[22]

O Código Penal de 1940, finalmente, instituiu um texto mais detalhado sobre o crime continuado em seu art. 51, § 2º, onde previa que "quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, impõe-se-lhe a pena de só um dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentadas, em qualquer caso, de um sexto a dois terços".

A doutrina[23] aponta como marca crucial dessa detalhada regulamentação o abandono do critério subjetivo. Utilizam-se, para a identificação da continuidade delitiva e sua distinção em face das situações de concurso material, unicamente dados objetivos, ainda que compondo um acervo bastante amplo e detalhado de indicadores.

A reforma penal da parte geral deste Código, havida em 1984, definiu as regras de concurso de crimes através de seus arts. 69 ao 76, regulando amplamente a matéria, não apenas tratando de definir as fórmulas de castigo entre as figuras do

concurso formal, concurso material e crime continuado, bem como suas variações, mas ainda estendendo a regulamentação para os erros na execução, as questões de multa, os resultados diversos do pretendido, portanto, fora do alcance da dinâmica subjetiva, e até mesmo o plano das execuções de penas oriundas de diversos delitos.[24]

5 O CONCURSO DE CRIMES E SUA RELAÇÃO COM A PLURALIDADE DE CONDUTAS E DE RESULTADOS

Se todo o crime se equilibra entre um desvalor de ação e um desvalor de resultado, a pluralidade delitiva obriga a reconhecer uma multiplicação de tais desvalores.

A partir dessa constatação é possível chegar às variáveis que permitem uma visão ampla não apenas da discussão historicamente situada, como também da necessidade de subdivisão das categorias de concurso de crimes. Afinal, é perfeitamente possível imaginar três combinações diversas: uma pluralidade de ações e pluralidade de resultados, uma pluralidade de ações, com unidade de resultado, ou uma unidade de ação com pluralidade de resultados. É exatamente isso que marca a divisão entre as figuras do concurso material, do crime continuado e do concurso formal.

Evidentemente, se estamos tratando de delitos, a análise técnica desses desvalores passa pelo conceito a que se referem. A discussão sobre o que é um desvalor de ação implica discutir o que é ação, e a questão do desvalor de resultado implica discutir o que se entende por resultado. Esses temas já foram adredemente tratados nesta obra, onde, para efeitos de qualquer dúvida, remete-se o leitor.[25]

Os resultados, aqui, hão de ser tomados no sentido jurídico do termo, já que as regras de concurso são igualmente aplicáveis às hipóteses em que um resultado ontológico/material não se configura, como, por exemplo, em crimes de porte ilegal de armas.

No que refere à unidade ou pluralidade de condutas, torna-se necessário definir que critérios utilizar para definir quando um conjunto de atos pode compor uma ou mais ações.

Jescheck[26] aponta como inaceitáveis as distinções com base no número de resultados, ou no número de tipos penais, já que uma única ação pode levar a vários deles. Afirma, ademais, que o próprio conceito jurídico-penal de ação é, do mesmo modo, a esses fins, imprestável.[27] Nem mesmo o critério mais aceito doutrinária e jurisprudencialmente, de buscar a "concepção natural da vida", segundo a qual um conjunto de atos traduziria uma resolução unitária de vontade, satisfaz o autor, justamente porque entende que "nem existem unidades sociais de ação de natureza pré-jurídica às quais o ponto de vista normativo possa se referir sem mais, nem tampouco pode ser determinante a unidade do plano do autor".[28]

Assim, propõe que somente pode ser critério decisivo de determinação da unidade e pluralidade de ações "o sentido dos correspondentes tipos legais infringidos".[29]

Lamentavelmente, porém, o autor não desenvolve a ideia de *sentido*, que é o que dota de efetiva realidade a ação, optando simplesmente por jungi-la ao tipo.

Para os defensores do finalismo, o processo de defesa de uma unidade material e indissolúvel entre ação e tipo pressupõe problemas relativos à congruência de sua proposta sistêmica, obrigando a selecionar grupos de casos em que deve haver uma unidade entre ação e tipo.[30]

O conceito de conduta a ser levado em consideração, como dizia Jescheck, efetivamente diz respeito à unidade significativa composta por uma sucessão de atos. Nesse sentido, por exemplo, uma série de golpes de faca contra uma única vítima, ainda que implique em vários movimentos de brandir o instrumento agressivo, é uma única ação, composta por vários atos.

Obviamente, a adoção de uma perspectiva significativa, no modelo proposto por Vives Antón, aqui também cobraria maior eficácia. Isso porque trata-se de um conceito mais fluído e capaz de abranger todas as distintas situações, especialmente diante do fato de que a categoria básica de onde se parte é o *tipo de ação*, cuja unidade é já, por si, indissolúvel. Ademais, a ação significativa é considerada, já, como resultado de um processo de comunicação, a expressão de um conjunto de circunstâncias que cercam o fato.[31]

6 SISTEMAS DE APLICAÇÃO DE PENAS PARA HIPÓTESES DE CONCURSO DE CRIMES

A regra geral de aplicação da pena, obviamente, é a de que a cada crime corresponde uma pena determinada e concreta.

Quando se trabalha, porém, com uma pluralidade delitiva, especialmente diante da necessidade de estabelecer regras de apenamento para situações díspares como podem ser as variáveis encontradas entre as pluralidades ou unidades de ação e de resultado, surgem distintas fórmulas que buscam equilibrar, à luz da proporcionalidade, o desvalor de ação e de resultado e a carga penal a que este corresponde.

Como bem referiu Aníbal Bruno,[32] a adoção exclusiva de uma fórmula de cumulação entre as penas derivadas de cada conduta e de cada resultado conduziria, por vezes, a um excessivo rigor ou até a situações absurdas. Essa circunstância reforça a convicção de que é preciso oferecer alternativas em termos de sistema de aplicação de penas.

Daí que a doutrina tenha construído quatro sistemas empregados para a aplicação de pena na concorrência de delitos:[33] o cúmulo material, o cúmulo jurídico, o sistema de absorção e o sistema de exasperação.

6.1 Sistema do cúmulo material

O cúmulo material é a regra geral, a somatória simples das penas. Para cada delito é aplicada uma pena e, existindo concurso, estas são somadas aritmeticamente.

A grande crítica que se faz a esse sistema é a possibilidade de se chegar a uma pena demasiado longa, desproporcional, com os evidentes prejuízos que pode causar a dessocialização própria do cárcere.[34]

Ney Fayet Jr.[35] afirma ainda que o sistema de cumulação, dependendo do caso, torna impossível a execução de parte da pena imposta, já que, dependendo da quantidade de pena aplicada, os valores poderiam suplantar a expectativa de vida do criminoso, restando parte das penas fora do âmbito de cumprimento.

6.2 Sistema do cúmulo jurídico

Segundo esse sistema, a pena aplicável não deve ser a soma das penas estabelecidas para cada um dos delitos considerados em concurso, mas deve corresponder à gravidade dos delitos envolvidos, porque o que se propõe é atingir valores inferiores aos correspondentes à somatória das penas, porém superior a cada qual individualmente.[36]

Para tanto, o que se propõe é somar as penas, propondo-se, no entanto, um limite máximo que não pode ser ultrapassado pelo julgador.

Há, porém, críticas ao mecanismo, uma vez que ele faz com que o concurso de delitos se transforme em uma causa de diminuição da pena,[37] em estímulo à prática de delitos em bloco.

6.3 Sistema de absorção

A proposta do sistema de absorção é que a pena mais grave absorva a menos grave entre aquelas previstas para os delitos em concorrência. Dessa forma, a pena menos grave acaba desprezada.[38]

Evidentemente, com essa fórmula, os delitos menos graves restariam absolutamente impunes, o que significa dizer, como bem observa Bitencourt, na esteira do que já dizia Aníbal Bruno, que "depois da prática de um crime grave, o criminoso ficaria impune para as demais infrações".[39]

Ou seja, o sistema de absorção reúne os defeitos do cúmulo material e do cúmulo jurídico, uma vez que, de um lado, permite que alguns delitos fiquem impunes e, de outro, estimula que novos delitos sejam praticados à sobra de um primeiro, mais grave, já realizado antes.

6.4 Sistema de exasperação

O sistema de exasperação é considerado uma variante do sistema da absorção, que visa evitar que os crimes menores fiquem impunes.[40]

Segundo esse sistema, haverá uma única pena, sempre a mais grave entre as

previstas para a imposição dentro do quadro de concursos, aumentada, porém, de um *quantum* estabelecido em quantidade fixa ou variável, que tem por função representar a punibilidade dos crimes menos graves, absorvidos por ele.[41]

A crítica lançada a essa fórmula é a mesma crítica lançada ao sistema do cúmulo jurídico, ou seja, que ele torna o concurso de crimes, contraditoriamente, uma causa de diminuição da pena.[42]

7 MODALIDADES DE CONCURSO DE CRIMES[43]

As regras de concurso de crimes, portanto, devem regular situações em que vários resultados são derivados de uma única ação, outras em que são vários resultados derivados de várias ações e, finalmente, os casos em que são cometidas várias ações das quais derivam um resultado único. Evidentemente, dentro de cada uma dessas três figuras há variações que merecem maior atenção e uma sintonia fina conceitual. Assim, primeiro se trata de identificar essas três figuras e, em seguida, de proceder uma análise mais detida delas.

Em primeiro lugar, cumpre anotar que, quando de uma única ação derivam vários resultados, em princípio se está diante da figura do concurso formal de crimes. A expressão não é muito feliz, já que justamente quanto à forma dos elementos do tipo parece existir uma unidade, e apenas materialmente – quanto à aflição ao bem jurídico – existe pluralidade. Entretanto, essa é a expressão doutrinariamente consagrada.

Havendo pluralidade de ações e igualmente pluralidade de resultados, o concurso seria o material.

Finalmente, o caso de pluralidade de ações das quais derive um único resultado delitivo constitui, em princípio, crime único. Tanto é assim que uma pluralidade de condutas de vários agentes com nexo causal e jurídico para a produção de um resultado único traduz um único crime realizado em concurso de pessoas.[44]

Entretanto, o caso que se deseja incluir aqui é justamente o da unidade *ficcional* de resultados identificada como um crime único,[45] qual seja, o chamado *crime continuado*. A ideia é a da promoção da identificação de características jurídicas que permitam unificar o resultado a partir de várias condutas igualmente desvaliosas,

cujos indicadores objetivos traduzam uma unidade de resultado.

Trata-se de valorar – a partir de fatores indicadores de continuidade – resultados ocorridos *sucessivamente* como se tivessem ocorrido *simultaneamente*.

As consequências distribuídas entre os dispositivos legais são variáveis em torno de duas bases: a regra da *cumulação*, que constitui-se pela somatória das penas cominadas abstratamente aos delitos, e a regra da *exasperação*, consistente na aplicabilidade de uma pena somente, aumentada.

A aplicação da cumulação ou exasperação de penas guarda uma relação intrínseca com o princípio de culpabilidade, enquanto maior ou menor grau de reprovabilidade de determinada conduta.[46] Essa é a razão pela qual o concurso material e o concurso formal imperfeito recebem a aplicação da regra da *cumulação* em contraposição ao concurso formal perfeito e ao crime continuado, para os quais se aplica a regra da *exasperação.*

7.1 Concurso material ou real

O tema é tratado no art. 69 do Código Penal brasileiro.

Há concurso material ou real quando, mediante mais de uma ação, se produz mais de um resultado.

Nas hipóteses de concurso material, ou seja, onde existe mais de uma ação correspondendo a mais de um resultado, em sendo aplicadas penas privativas de liberdade, estas serão cumuladas (*cúmulo material*).

Fala-se em *concurso material homogêneo* quando os crimes praticados são da mesma modalidade delitiva, e *concurso material heterogêneo*, quando diversas. A questão de identidade dessa modalidade delitiva porém, é algo que divide a doutrina.

Por exemplo, para René Dotti,

> “o crime é idêntico a outro não somente quando é previsto no mesmo dispositivo legal, como, também, quando caracteriza uma forma especialmente mais grave ou qualificada do mesmo crime, tal como no furto (simples, com a pena especialmente aumentada ou qualificada)”.[47]

De modo diverso, há quem defenda a ideia de que somente os tipos penais substancialmente idênticos – por exemplo, dois roubos, ambos circunstanciados pelo emprego de arma de fogo –, podem ser considerados crimes da mesma espécie, de tal modo a permitir a identificação de *concurso homogêneo*.[48]

Não há limites para a cumulação dessas penas, serão somadas tantas quantos forem os crimes praticados. Entretanto, existe um limite máximo para fins do cumprimento da pena, estabelecido em 40 anos (art. 75 do Código Penal, com redação dada pela Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019). A ampliação de 30 para 40 anos, ditada pela lei, encontra fundamento biológico, mas quiçá, não se justifica da mesma forma do ponto de vista político-criminal.

Se é certo, como aponta a doutrina[49], que dados do IBGE, apontam que desde 1940 – data da edição do limite da norma ora revogada – até nossos dias, a expectativa de vida do brasileiro médio aumentou 41,7 anos, não é menos certo que está a cada dia mais demonstrada a falência da própria ideia da pena de prisão[50].

Existe a hipótese de cumprimento de mais de 40 anos de prisão, caso o agente, depois de iniciado o cumprimento da pena, sofra condenação superveniente, hipótese que demandaria nova unificação, com consequente retorno ao decote de patamar máximo de 40 anos, conforme prescreve o § 2º do mesmo art. 75 do Código Penal.[51]

Questão polêmica diz respeito às regras de progressão de regime em face do decote limitador de 40 anos da pena privativa de liberdade. Discute-se sobre se para fins de cômputo de fração de pena cumprida, como requisito à obtenção do direito à progressão de regime, a pena a ser considerada é a aplicada ou o limite máximo de execução. A questão é de suma relevância, pois uma cumulação à pena de 240 anos de prisão poderia levar, caso o entendimento seja de que o decote pelo máximo de pena não aflige o direito à execução, ao cumprimento de 40 anos em regime integralmente fechado.

O tema divide a doutrina.

Há quem defenda a ideia de limitação do patamar de 40 anos ao efetivo cumprimento de pena, tornando independente disso a questão da progressão de regime, sob o argumento de que não se poderia igualar, quanto à execução, uma pena

de 40 a outra de 240 anos.[52]

Em sentido contrário, sustenta-se que a *unificação* de penas determinada pelo art. 75, § 1º, do Código Penal só faria sentido se a ideia fosse transmitir a limitação aos incidentes de execução.[53]

A questão, ao menos em termos de *lege lata*, restou resolvida com a edição do Enunciado nº 715 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, o qual, interpretando a limitação constitucional a penas indeterminadas, emitiu o seguinte entendimento: "*A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução*". Naturalmente, o enunciado sumular deve ser atualizado com o advento da nova redação do dispositivo normativo, passando a limitar-se por 40 anos.

Em qualquer caso, porém, há que se observar que o novo art. 75 do Código Penal constitui *novatio legis in pejus* em matéria penal, o que implica que sua aplicabilidade encontra-se limitada às possibilidades de unificação de penas aplicadas por crimes cometidos depois de 23 de janeiro de 2020, data de entrada em vigor da nova lei.

Questão polêmica que poderia surgir seria o caso de unificação entre penas de um crime cometido sob a égide do antigo art. 75 com o novo. Imagine-se, por exemplo, que um réu tenha contra si transitada em julgado uma pena de um crime cometido posteriormente a 23 de janeiro de 2020 em um total de 20 anos de reclusão, à qual sobrevenha a necessidade de unificação em virtude de uma nova condenação, agora por crime cometido antes de 23 de janeiro de 2020, a mais uma pena de 20 anos de reclusão. A pena efetivamente cumprida não poderia, a meu ver, suplantar 30 anos. As razões para tanto são duas. Primeiramente, o fato de que o mecanismo que deflagrou a necessidade de unificação foi a condenação por crime ocorrido sob a égide da lei anterior, esta mesma unificação não pode ser regida pela nova lei, menos benéfica. Em segundo lugar, porque sendo um dos dois crimes praticados sob a égide da lei anterior, a unificação baseada nas duas regras deveria levar à opção mais favorável ao réu. Portanto, somente será possível a aplicação desta unificação com

limite alargado quando todos os crimes unificados tiverem sido praticados sob a égide da nova lei.

Havendo cumulação entre diferentes penas de prisão, executa-se primeiro as de reclusão. Ontologicamente, as penas de reclusão e de detenção não têm diferença alguma, no entanto, como as de reclusão são quantitativamente mais graves, estabelece-se a primazia para o seu cumprimento.

As regras mudam, no entanto, se cuidar-se de penas restritivas de direitos.

Se for possível substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve-se observar a regra contida no art. 69, § 1º, do Código Penal,[54] ou seja, somente haverá substituição de uma das penas cabível a suspensão da execução quanto à outra. Será possível também cumular-se substituições por restritivas de direitos, segundo as regras da Lei nº 9.714/98, em execução cumulativa ou sucessiva.

O art. 69, § 2º, estabelece que *"quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais"*.

Assim, em caso de cumulação de penas substituídas por restritivas de direitos, verificar--se-á a compatibilidade de seu cumprimento simultâneo. Se não for possível o cumprimento simultâneo, deverão ser cumpridas de forma sucessiva.

Em resumo, somente não será possível a substituição de duas ou mais penas privativas de liberdade por restritiva de direitos quando incabível, ao menos para uma delas, a substituição ou a suspensão.

7.2 Concurso formal ou ideal

A regra aplicável para as hipóteses de concurso formal de delitos será a do art. 70 do Código Penal.

Há concurso formal ou ideal quando mediante uma única ação o agente produz mais de um resultado. Nesse caso, ao invés de somar as penas como no concurso material, será aplicada apenas uma das penas, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto até a metade (*regra da exasperação*).

Claro que esse aumento se refere ao número de resultados produzidos. Assim, se os resultados derivados de uma única ação são dois, obrigatoriamente o aumento a ser aplicado será o mínimo, de um sexto. À medida que o número de resultados se incremente, proporcionalmente se vai incrementando o *quantum* do aumento. Aqui, tem incidência a ideia de proporcionalidade, como derivação do princípio de culpabilidade referido tanto à imputação quanto à pena.

A ideia do concurso formal é premiar um menor desvalor de ação com idêntico desvalor do resultado representado na conduta delitiva única. Desse modo, a pretensão é que o aumento de uma das penas seja menor do que a somatória delas. Isso, porém, nem sempre é verdadeiro. Imagine-se, por exemplo, se os crimes em concurso são um homicídio qualificado, cuja pena privativa de liberdade é de 12 a 30 anos, e uma lesão corporal leve, cuja pena é de três meses a um ano.

Ora, se aplicássemos a regra do concurso formal, mesmo um aumento mínimo implicaria necessariamente em dois anos de privação de liberdade, ou seja, uma pena superior à aplicação da somatória das penas, qualquer que seja a pena atribuída à lesão corporal.

Para hipóteses como essa, o legislador prevê uma regra de corte, na forma do art. 70, parágrafo único, do Código Penal, tratado doutrinariamente pela denominação de *concurso material benéfico*.[55] Ou seja, caso o resultado da aplicação do concurso formal seja superior ao cúmulo material, o limite máximo da pena deverá ser aquele representado pela soma das duas penas.

A decisão é político-criminalmente correta, se pensada desde o ponto de vista da proporcionalidade. Não teria sentido uma reprovabilidade maior para um desvalor menor de conduta em face dos resultados.

7.2.1 Classificação das hipóteses de concurso formal

As classificações a respeito do concurso formal dizem respeito tanto às espécies delitivas, quando se classificam entre concurso formal *homogêneo* e *heterogêneo*, quanto no que se refere ao elemento subjetivo que guia a conduta, quando se classificam em concurso formal *perfeito* e *imperfeito*.

7.2.1.1 Concurso formal homogêneo e heterogêneo

O *concurso formal homogêneo* dá-se quando os crimes praticados são definidos em tipos penais idênticos, *v. g.*, dois homicídios culposos.

O *concurso formal heterogêneo* ocorre quando os tipos penais envolvidos são diversos, *v. g.*, um homicídio e uma lesão de trânsito.

Aqui, como na regra de concurso material e também no crime continuado, a discussão existente diz respeito a o que deve ser considerado *crime da mesma espécie*, se é preciso que sejam coincidentes todos os elementos típicos e acidentais, se basta a coincidência dos bens jurídicos ou se é necessária uma identidade de bem jurídico e uma similitude de elementos típicos.

7.2.1.2 Concurso formal perfeito e imperfeito

O *concurso formal perfeito* ocorre quando, mediante uma só conduta, o agente pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Nesse caso, a pena deverá ser de um só dos crimes, se idênticos, ou do apenado mais gravemente, se diversos, em qualquer caso, aumentada de um sexto até a metade. Trata-se da aplicação do chamado *princípio da exasperação*.

O *concurso formal imperfeito* é descrito na parte final do art. 70 do Código Penal brasileiro, como a ação única praticada ocasionando dois ou mais resultados criminosos, mediante *desígnios autônomos*, situação que leva à cumulação de penas, na forma do concurso material. Aplica-se, então, o cúmulo material, em consonância com a perspectiva finalista, que visa impor o castigo na medida do direcionamento final da exteriorização da vontade.

O concurso formal imperfeito tem alguns requisitos para o seu reconhecimento, a saber:

O primeiro é que só há concurso imperfeito em crimes dolosos, ao passo que o concurso perfeito pode resultar de crimes dolosos ou imprudentes.

O segundo é que só há concurso formal imperfeito presentes os desígnios autônomos. Ou seja, deve haver intenção prévia dirigida à prática de cada uma das condutas delitivas. Por exemplo, o autor de uma explosão em um escritório, que

pretendia a morte dos dois sócios que se encontravam no local. Essa situação difere subjetivamente da situação daquele que instala uma bomba no mesmo escritório visando atingir uma pessoa, sem saber que ela se faz acompanhar de outra. Outro exemplo é o caso do exército nazista que, ao cabo da guerra, vendo os recursos escassearem e pretendendo uma "solução final" para a questão judaica, enfileirava os judeus detidos nos campos de concentração em fila indiana e, com uma única bala de fuzil ou pistola, em disparo transfixante à queima-roupa, matava várias pessoas.

Quer a lei reprovar de modo mais severo aquele que, mesmo mediante uma única conduta, realizou-a com vontade de consumação de dois ou mais resultados. Atende-se, assim, à doutrina finalista de Welzel no sentido de que o importante é o desvalor da ação e não o desvalor do resultado.

A questão polêmica que surge, porém, é relativa aos limites do dolo em relação aos chamados *desígnios autônomos.* O elemento subjetivo final que justifica a tomada da regra de *cúmulo material* exige o dolo direto para sua configuração, ou se basta com o dolo eventual? Em sendo exigível dolo direto, está abrangido o dolo direto de 2º grau?

A questão é tormentosa e divide a doutrina. Para Fragoso, "a expressão *desígnio* exclui o dolo eventual".[56]

Mais detalhadamente, Moura Teles[57] defende a ideia de que a expressão *desígnio* deve ser compreendida no sentido de *desejo, pretensão, vontade, fim, objetivo* e, portanto, deve traduzir um direcionamento direto do dolo. O autor exemplifica com a colocação de uma bomba em um determinado local. Se o agente pretendia matar duas pessoas diferentes que sabe estarem dentro do ambiente em que ele instalou a bomba, vale dizer, se está no âmbito de sua pretensão a promoção da morte de cada uma delas, se está diante da hipótese de *desígnios autônomos*; mas se o agente não sabia que além do seu pretendido alvo existia uma segunda pessoa, não se pode falar de desígnios autônomos.

O autor ainda justifica o seu posicionamento com suporte na doutrina, pois entende que somente a compreensão do dolo direto seria capaz de traduzir a necessidade de tratamento equivalente ao concurso material (cúmulo de penas),

porque seria o equivalente à realização de duas condutas que resultavam em dois diversos resultados.[58] No caso do concurso formal impróprio, apenas se dá uma conduta por mera praticidade, por verdadeira desnecessidade de agir novamente.

Os Tribunais Superiores brasileiros têm precedentes admitindo a hipótese de concurso formal imperfeito com dolo eventual.[59] Essa solução forense, em geral buscando associar o resultado punitivo com alguma espécie de *justiça*, deriva da necessidade de reconhecer que algumas situações de atitude de indiferença a respeito da possível produção de um resultado múltiplo através de uma única ação podem ser muito mais graves do que essa mesma atitude de desprezo repetida em duas ou mais condutas em face, cada qual, de um único resultado desvalioso.

Em geral, prestou-se mais atenção na doutrina à expressão *desígnio* do que à expressão *autonomia*, a qual parece mais expressiva de conteúdo do que aquela.

O *desígnio* é um sinônimo de *vontade*, que é expressiva do dolo.

Os equívocos em geral perpetrados na interpretação das modalidades de dolo em face da clássica discussão entre *Willenstheorie* e *Vorstellungtheorie*, já referido neste trabalho,[60] cobram efeitos nesse tópico.

Acontece que a *vontade* ou o *desígnio*, está associada unicamente à ação, pois só ela pode ser movida por tais impulsos. Ao contrário, a *autonomia* de tal vontade ou desígnio diz respeito à abrangência dos resultados. Vale dizer: cada resultado precisa estar *coberto* por uma vontade de agir que traduza um *desígnio* do autor que não dependa do outro resultado para ser reconhecido. Ou seja, há um propósito de atuar que inclui, individualmente, cada um dos resultados afinal produzido, já seja sob a forma de desprezo para com sua produção, anuência para com ela ou até mesmo desejo de que ocorra.

Na fórmula adotada no presente trabalho, reconhece-se o dolo como normativo, como escala mais grave de desvaloração da conduta, cujo significado é identificado através de indicadores objetivos externos. Não se trata, portanto, de um dolo ontológico, associado a uma *vontade real, psicológica*, mas sim como uma atribuição jurídica de desvalor da conduta associado aos dados probatórios circunstanciais denotativos da existência de um compromisso para com a produção do resultado.[61]

O termo *desígnios autônomos* deve ser entendido, nesse contexto, como planos independentes de vinculação do compromisso para com cada resultado, de modo independente do outro. Assim, o que se pode exigir é que cada resultado, independentemente do outro, esteja coberto pelo compromisso para com a produção do resultado.

Ora, se há uma antevisão do resultado plúrimo como possível, ainda que também possível a ocorrência de um resultado único ou de nenhum resultado, e o agente insiste em atuar, verifica-se claramente um *desígnio* de atuar, a despeito de que o resultado – único ou múltiplo – se produza. Por exemplo, se o controlador dos trilhos do trem não tem certeza se determinada modificação de uma conexão se realizará a tempo de desviar com segurança o curso de uma locomotiva com vagões de passageiros, ou se sua iniciativa poderá provocar um acidente, e age mesmo assim, assume o risco da produção de um resultado múltiplo de lesões e mortes. Nesse caso, é induvidosa a autonomia em face de cada resultado como coberta pelo fenômeno de eventualidade do dolo, quer dizer, o sujeito tinha plena ciência de que, falhando na mudança da conexão de trilhos, alcançaria não a produção de um único, mas de muitos resultados.

Não é possível que tal leviandade possa ser tratada com pena menor do que o dolo direto dirigido a dois resultados apenas, quando perpetrado por ações independentes.

Evidentemente, se na fórmula aqui adotada, admite-se o dolo eventual como guia do concurso formal impróprio, igualmente será admissível o dolo direto de segundo grau. Afinal, não se pode negar estar coberta por desígnios autônomos a conduta de quem coloca uma bomba em um automóvel de um político que é conduzido por um chofer, ainda que o propósito abrangido pelo dolo direto de primeiro grau seja apenas o de promover a morte do político.

7.3 Crime continuado

A figura do crime continuado diz respeito a casos de várias condutas que produzem vários resultados, mas que, por razões político-criminais, não podem ser

tratadas pela regra do *cúmulo material*. O crime continuado é uma ficção[62] onde uma situação aparentemente de concurso material é tratada com regras semelhantes ao concurso formal, em face de específica situação de tempo, lugar, modo de execução e outras circunstâncias relativas ao crime.

É que as situações ali tratadas são as hipóteses em que a atitude delitiva é sequencial, ou seja, as hipóteses em que há uma repetição de atitude delitiva cujo fracionamento analítico poderia levar a uma pena desproporcional.[63] Entretanto, ainda resta quem, na doutrina, entenda que se trata de uma "benevolência inoportuna".[64]

Parece correto entender, como fazem Maurach, Zipf e Gössel,[65] que a pluralidade de ações é gênero onde se situam o concurso real ou material e o crime continuado, sendo que há uma diferença crucial entre as figuras, correspondendo aos elementos, existentes apenas no segundo, que fazem denotar um vínculo de continuidade que já foi identificado como uma demonstração de maior *intensidade*.[66]

A regra aplicável às hipóteses de crime continuado é descrita pelo art. 71 do Código Penal.

Por essa regra o agente que pratica mais de uma conduta, gerando dois ou mais resultados, pode ter a pena aplicada segundo a regra da *exasperação*, desde que presentes certos requisitos. Esses requisitos são que os crimes praticados sejam da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, os subsequentes possam ser entendidos como continuidade do primeiro. Assim, por exemplo, no caso de roubos praticados no interior de um ônibus em que o agente ingressa armado no coletivo e vai apontando uma arma e retirando pertences de um a um dos passageiros. Há, na hipótese, um mesmo contexto fático, ainda que sejam vários os resultados, cada qual derivado de uma única conduta.

Nesse caso, a adoção do princípio da exasperação determina que seja tomada tão somente a pena mais grave, se diversas, ou uma delas, se idênticas, procedendo ao aumento de um sexto a dois terços.

Evidentemente, uma vez que a pena tomada como referência é a maior, somente será possível saber qual é a pena a ser tomada por referência depois de concluída a operação de fixação da pena de cada um dos delitos. Ou seja, é preciso que se

estabeleça concretamente a individualização da pena de cada um dos delitos para que, ao final, se aplique a regra de concurso de crimes.

Quanto maior o número de ações e de resultados delitivos, maior o aumento da fração de pena acrescida à maior pena identificada. Isso significa que, existindo apenas dois delitos, o aumento aplicado necessariamente será de um sexto.

Veja-se que o aumento máximo de pena no concurso formal perfeito (1/2) é menor que o aumento máximo do crime continuado (2/3), o que se justifica, afinal, na prática, cuida-se de um concurso material tratado como formal.

7.3.1 Requisitos do crime continuado

Condiciona a determinação dos requisitos do crime continuado o reconhecimento de sua natureza. A pergunta a ser feita é se o crime continuado é efetivamente uma realidade de conduta unitária ou uma ficção jurídica.

A doutrina em geral[67] comenta existirem três teorias a respeito.

Para a *teoria da unidade real*, os vários comportamentos lesivos do agente constituiriam, na verdade, um crime único, capaz de traduzir uma unidade de lesão ao bem jurídico e uma unidade de vontade do agente, tratando-se, portanto, de uma teoria objetivo-subjetiva, pois pretende unir elementos das duas dimensões. Na verdade, embora cada delito seja uma unidade perfeita, constitui, também, apenas uma manifestação parcial da intenção.[68]

O crime continuado derivaria, segundo essa concepção, não apenas da existência de determinadas circunstâncias objetivas concretas no caso, mas também da correspondência a um plano delitivo unitário do autor.

Os autores que defenderam esse ponto de vista sustentaram-no em face da pretensão da afirmação de uma realidade psicológica em contraposição a qualquer escolha normativa que pudesse fazer o legislador.[69]

Para a *teoria da ficção jurídica*, a continuidade delitiva é uma criação legal, sendo que na realidade, existem várias condutas.[70] Muñoz Conde e García Arán afirmam que "o delito continuado se caracteriza pelo fato de que cada uma das ações que o constituem representa já, por si só, um delito consumado ou tentado, mas são

valoradas todas juntas, como um só delito".[71] A unidade existente seria, portanto, derivada de uma ficção legal.[72]

A base argumentativa dessa teoria passa pela origem do instituto, que como visto, provém de um intento de humanização da pena, evitando a produção de um resultado gravíssimo oriundo da cumulação de delitos leves, constituindo, portanto, uma vontade do legislador e não uma realidade.[73]

Acrescenta-se, ainda, o próprio texto da legislação brasileira; ao descrever o crime continuado menciona que ele tem lugar "*quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes*". Isso seria um indicativo do reconhecimento legislativo da realidade plural de condutas e resultados delitivos no crime continuado.[74]

Finalmente, fala-se na *teoria da unidade jurídica, ou mista*, que entende ser o crime continuado uma figura jurídica própria, destinada a fins político-criminais determinados, que não corresponde a uma realidade ontológica, nem tampouco a uma mera ficção, "mas um terceiro gênero, especial e característico".[75] Critica-se esta teoria sob o argumento de que configura uma "transação hábil com sacrifício da verdade".[76]

Assim, somente a teoria da unidade real representaria uma efetiva exigência de um elemento subjetivo na configuração da continuidade e, definitivamente, não é essa a teoria adotada pelo legislador brasileiro na configuração da hipótese legislativa do crime continuado.

É de reconhecimento geral[77] que o Código Penal brasileiro adota, a respeito do crime continuado, a teoria da ficção.

A escolha se justifica, afinal, a pretensão de submeter a validade da aplicação da regra do crime continuado à demonstração de um inacessível elemento subjetivo ontologicamente situado na cabeça do agente reduziria consideravelmente as chances de aplicação do instituto.

São requisitos do crime continuado os seguintes:

a) que o agente realize mais de uma conduta. Havendo apenas uma conduta, ainda que desdobrada em vários atos, a hipótese será de concurso formal. Note-se que

não há uma direta correspondência entre o conceito cotidiano e ontológico de ação e o conceito jurídico-penal de ação, que tem caráter normativo.[78] Isso fica evidente ante a existência de delitos unissubsistentes e plurissubsistentes.[79] Nos primeiros, existe uma única ação jurídico-penal, perpetrada através de um único ato ontológico; nos segundos, vários atos ontologicamente jungidos são considerados uma única conduta, desde o ponto de vista jurídico-penal. Uma única ação, portanto, pode advir do encadeamento de vários atos físicos sucessivos que compõem, entre si, uma *unidade social de sentido*.[80]

Isso bem deixa claro que a análise do concurso de crimes remete de modo obrigatório à teoria do delito, mais especificamente, ao conceito jurídico penal de ação.

Como bem referiu Jescheck,[81] o ponto de partida da definição do crime continuado é a distinção entre unidade e pluralidade de condutas.

b) que seja praticado mais de um crime, ou seja, que haja mais de um resultado típico.

c) que os crimes sejam da mesma espécie.

Há uma discussão importante sobre o conceito de *crimes da mesma espécie* a efeitos deste dispositivo.

Para Damásio de Jesus,[82] crimes da mesma espécie são os previstos no mesmo tipo penal, abrangendo formas privilegiadas, qualificadas etc. Segundo esse entendimento, não seria crime continuado uma lesão corporal doméstica e maus-tratos, na agressão praticada no mesmo contexto fático, pelo marido contra a sua esposa e seus filhos.

Para Moura Teles,[83] a expressão *espécie* pressupõe a ideia de gênero, e não se poderia falar em *gênero* de furto, do qual seriam *espécies* o furto simples, noturno, qualificado etc. Também Cláudio Brandão refere que "esse requisito não significa a exigência de que as ações sejam tipificadas de maneira idêntica, *mas apenas que violem bens jurídicos da mesma natureza"*.[84] Trata-se da chamada *teoria do objeto jurídico*.[85] Então, dever-se-ia classificar as espécies segundo o objeto jurídico, configurando crimes da mesma espécie aqueles que fossem aflitivos do mesmo bem

jurídico. Adotada essa postura, seriam crimes *da mesma espécie*, por exemplo, o furto qualificado e o furto simples; o furto e o roubo; o estelionato e o furto; o furto e a receptação, já que todos afligem o bem jurídico patrimônio.

Segundo Alberto Silva Franco,[86] o gênero contém diferenças. Assim haveria *gênero* de crimes contra o patrimônio, com espécies de furto, estelionato, apropriação indébita etc. Essas diferenças podem ser maiores ou menores. Para este autor, são crimes da mesma espécie aqueles em que coincidam os bens jurídicos e nos quais haja semelhança entre os elementos objetivos, mesmo que não sejam exatamente os mesmos tipos penais.[87] Portanto, seriam crimes da mesma espécie, por exemplo, as lesões graves e as lesões leves, o furto e o roubo, mas não o seriam, por exemplo, o furto e o estelionato, o homicídio e o aborto.

d) que exista um nexo de continuidade entre os crimes em face de sua homogeneidade ou circunstâncias de natureza objetiva.

Esse nexo de continuidade é também discutido. Como aferi-lo?

É sabido que se deve analisar em conjunto e não isoladamente os elementos tempo, lugar, modo de execução, não se podendo fazer uma simples análise aritmética, geográfica ou de *modus operandi*.

Mas há questões que chamam a atenção. Por exemplo, o que pode definir uma continuidade, no que respeita ao fator tempo.

É claro que é um crime continuado se durante uma única noite, uma quadrilha se pôs a furtar bens de casas contíguas em uma mesma rua. Também é continuidade delitiva a atividade do assaltante que aguarda a saída de pessoas do caixa eletrônico de um banco para subtrair-lhes, mediante ameaça com arma de fogo, as quantias retiradas.

Mas esse dado de tempo – dentro da mesma hora ou dentro do mesmo dia – não tem por que ser fixo.

Por exemplo, também possui característica de continuidade delitiva o saque mensal dos valores de aposentadoria, com o cartão da previdência pertencente a pessoa já morta que, por relações de parentesco, teria declinado a senha para o autor.

O tema dos critérios relativos ao tempo é reconhecido pela doutrina como de

difícil solução.[88]

Parece que a melhor solução não é estabelecer um intervalo de tempo definido entre as condutas,[89] mas, sim, deixar sentado que a distância cronológica entre um fato e outro não pode ser fator que *infirma, significativamente*, a ideia de uma continuidade de atividade delitiva.

O mesmo se diga em relação ao *lugar* do crime.[90] Veja-se, por exemplo, que casas, vizinhas, ruas de um mesmo bairro, bairros de uma mesma cidade, cidades de uma mesma região metropolitana ou de um mesmo Estado podem configurar circunstâncias denotativas de continuidade.

A prospecção, como visto, deve ser negativa, ou seja, deve-se verificar se o fator geográfico não é indicativo de evidências de cessação de uma continuidade.

Finalmente, o mesmo se dá quanto ao modo de execução, sendo permissível o reconhecimento da continuidade delitiva até mesmo diante de uma variação entre comparsas de práticas delitivas sucessivas.[91]

7.3.1.1 A polêmica questão do elemento subjetivo do crime continuado

Parte da doutrina[92] propõe que além das semelhanças de ordem objetiva, ou seja, relativas aos fatos, deve-se exigir um nexo subjetivo entre as condutas, reconhecendo no crime continuado uma natureza jurídica de realidade.

Com efeito, essa postura parece adequada a um modelo de sistema finalista, que busca afirmar a pena em consonância com a expressão externa da pretensão do agente.

Nesse sentido, defende-se que diante da ideia de que a própria conduta típica e não apenas a culpabilidade de seu autor contempla elementos subjetivos, não bastaria, a efeitos da pluralidade dessas mesmas condutas, serem analisados tão somente aspectos objetivos.[93]

Noticia Mezger[94] que esse ponto de vista, da exigência de um *dolo de conjunto*, de uma verdadeira unidade de dolo (*Einheitlichkeit des Vorsatzes*), era a posição sustentada pelo Tribunal do *Reich* alemão.

Cezar Bitencourt comenta que “esta foi a teoria adotada no § 2º do art. 81 do Código Penal Italiano, depois da Reforma de 11 de abril de 1974”.[95]

O posicionamento foi criticado por Nélson Hungria[96], quem sustentou que seria um contrassenso a exigência de ordem subjetiva, posto que premiaria com uma redução de pena derivada da *exasperação*, justamente aquele que planejou adredemente as várias práticas delitivas em detrimento daquele que somente partiria para o segundo evento convencido da impunidade do primeiro. Seria uma espécie de prêmio à premeditação.

De modo similar, Mezger[97] afirmou que essa fórmula conduziria a fórmula do crime continuado não a constituir-se em um benefício, mas em uma agravação da pena.

Ademais, a adoção de uma teoria subjetiva, de corte psicológico, conduziria inegavelmente à dificuldade em sua detecção e insegurança de sua aplicação, dada a impossibilidade de demonstração concreta.[98]

Uma boa parte da doutrina alemã[99] também decantou-se pela teoria objetiva pura, entendendo bastar, para a configuração do crime continuado, a presença de dados objetivos de demonstração da continuidade.

Atualmente, também defendem um ponto de vista unicamente objetivo, no Brasil, Nei Moura Teles,[100] Luiz Régis Prado[101] e Cezar Bitencourt.[102]

Os dois últimos, que são considerados finalistas, são veementemente criticados por Juarez Cirino dos Santos,[103] que qualifica de *inexplicável* essa defesa a partir de postulados finalistas.

Modernamente, os defensores de uma tese objetivo-subjetiva têm substituído a exigência de um dolo múltiplo ou de amplo alcance pelo que denominam de uma teoria da alternância, a qual substituiria a ideia de um *dolo conjunto*, abrangente de toda a complexidade de condutas, para consistir em uma recolocação do dolo, ou seja, à alternância de direcionamento do dolo, o qual deveria estar renovado a cada nova realização de conduta, compondo uma espécie de *dolo de continuidade*.[104]

Na verdade, a questão é bastante mais simples do que parece e não exige, de modo algum, qualquer esforço hermenêutico em salvar uma dimensão subjetiva para o concurso de delitos. A prevalência da tese objetiva tem uma razão clara de ser. É que os indicadores externos objetivos apontados pela descrição do dispositivo normativo

(tempo, lugar, modo, maneira de execução e outras semelhantes) compõem justamente o acervo que dá lugar à determinação do dolo, segundo a tese de Hassemer.[105]

Efetivamente, em sendo o dolo uma estrutura axiológico/normativa e não ontológico/ psíquica, consistindo em uma atribuição, haveria coincidência entre a análise da pretensão do agente e dos elementos indicativos da continuidade. Diante da sobreposição, parece que a tese se resume a elementos objetivos. Não é isso, mas sim, trata-se da atribuição de uma pretensão revelada por indicadores objetivos externos.[106]

Portanto, não se trata de um desprezo ao elemento subjetivo, senão que o legislador simplesmente oferece um elenco de marcos objetivos que devem ser observados para que normativamente seja presumida – diga-se, em favor do réu – a existência de uma unidade de propósitos.

7.3.2 O crime continuado qualificado

Antes da reforma penal de 1984, muito se discutiu a respeito da aplicabilidade ou não da fórmula do crime continuado nas hipóteses de agressões separadas, contra bens jurídicos personalíssimos.[107]

A matéria chegou a ser sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 605) nos seguintes termos: "não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida".

Então se formaram duas correntes. De um lado, seguindo a tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, se restringia a aplicação da continuidade delitiva em crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa[108] ou interpretando a vedação em hipóteses de ataque a bens personalíssimos pertencentes a vítimas diversas (ex.: vida, liberdade sexual, etc.).

Para uma segunda corrente, a situação, porque não expressamente vedada pela lei, seria permitida.

Com o advento da reforma de 1984, a norma do art. 71, parágrafo único, do Código Penal resolveu a polêmica, na medida em que previu a hipótese de aumento de pena até o triplo para crimes dolosos, praticados com violência ou grave ameaça, contra vítimas diferentes.

Criou-se uma bipartição da figura do crime continuado entre o *crime continuado simples* e o *crime continuado qualificado* ou *específico*.[109]

Trata-se de um aumento previsto para vítimas diferentes com violência ou grave ameaça à pessoa. Assim, como bem observa Bitencourt, nos demais casos, inclusive os de bens jurídicos personalíssimos contra a mesma pessoa, caberá a continuidade delitiva, porém, sem a elevação até o triplo.[110]

Assim, há que se entender possível a aplicação da regra do crime continuado para todos os crimes, idênticos ou não, de qualquer espécie.[111]

7.3.3 Continuidade delitiva e intervenção mínima em delitos de acumulação

A questão do crime continuado reclama atenção especial no que refere à sua conjugação com o princípio de intervenção mínima.

A continuidade delitiva é sabidamente uma ficção jurídica criada para acomodar a política punitiva dentro de moldes de razoabilidade. Para tanto, considera-se que condutas criminosas que guardam perfeita expressão individual, presentes determinadas características, possam ser reconhecidas como uma única totalidade delitiva.

Acontece que nesses casos, não é incomum que ocorra a cumulatividade de pequenas ofensas ao bem jurídico que, individualmente, não são de vulto e, portanto, não atingem os patamares de *ultima ratio* exigíveis para a intervenção penal, mas quando vistas em conjunto, representam um dano significativo. É o caso, por exemplo, dos chamados delitos de acumulação.[112]

Essa é a prova definitiva de que o tema se relaciona tanto com a teoria da pena quanto com a teoria da imputação, pois a identificação do concurso depende, em boa medida, da interpretação material do tipo; por outro lado, é a cumulatividade de condutas que conduz à relevância da imputação. Isso demonstra uma necessidade de uma visão holística do problema.

A solução do caso passa por reconhecer na continuidade de agressões contra o mesmo bem jurídico da mesma vítima uma sucessão de atos que se protraem no tempo, compondo uma ação única de resultado também único.

Nesse caso, uma pluralidade de atos que, em princípio seriam irrelevantes quantitativamente, podem compor uma ação única, esta sim, relevante.

Por outro lado, descarta-se, de antemão, por incidência do princípio de intervenção mínima, o reconhecimento do delito de acumulação como crime único quando autores diferentes afligem, sem conexão subjetiva, o mesmo bem jurídico, cada qual de modo insignificante (em função do princípio de culpabilidade pessoal), e também as aflições cumulativas perpetradas por um único autor contra vítimas diferentes.[113]

8 A ESPECIAL SITUAÇÃO DA PENA DE MULTA

As regras especiais do concurso de crimes, como antes referido, referem-se unicamente às penas privativas de liberdade, não sendo cabíveis na atribuição de pena de multa, para as quais se reserva apenas e tão somente o cúmulo material, sob a forma prescrita no art. 72 do Código Penal.

---

1 HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte General I*. 3. ed. Lim Grijley, 2005. p. 928-929. Tradução livre.

2 Algumas legislações, ao contrário da brasileira, preveem expressamente os critér a serem empregados para a solução do conflito aparente de normas, como é o caso do Código Penal Espanhol, que em seu art. 8º refere: "Art. 8º Os fato suscetíveis de serem qualificados com vistas a dois ou mais preceitos deste Código, e não compreendidos nos artigos 73 a 77, serão punidos observando as seguintes regras: 1ª O preceito especial será aplicado com preferência em face do geral; 2ª O preceito subsidiário será aplicado somente na falta de aplicação do principal, quer seja declarada expressamente a subsidiariedade, quer seja tacitamente dedutível; 3ª O preceito penal mais amplo ou complexo absorverá os que punam infrações consumidas nele; 4ª Na falta de aplicabilidade dos critérios anteriores, o preceito penal mais grave excluirá os que punam com pena menor."

3 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: GEN Forense, 2008. p. 355.

4 Nesse sentido: COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvad *Derecho penal. Parte General*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 776.

5 Nesse sentido: MORO, Aldo. *Unità e pluralità dei reati* – Principi. 2. ed. Padov CEDAM, 1959. p. 30.

6 Defendendo esse posicionamento, também: SCHMITT, Rudolf. Die Konkurrenz ii geltenden und künftigen Strafrecht, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 75. Berlin: Walter de Gruyter, 1963. p. 44. No Brasil: NORONHA, Edgard Magalhães *Direito penal. Parte Geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 257. De *lege ferenda*, TELES, Nei Moura *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. I, p. 438.

7 Nesse sentido, por exemplo, a opinião de Rudolf Hirschberg. Zur Lehre von de Gesetzkonkurrenz, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 53. Berlin: Walter de Gruyter, 1934. p. 36.

8 É a posição que foi adotada, por exemplo, em Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito penal. Parte geral*. 15. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 347. Isso pode ser notado pela situaçã sistemática do tema no Manual de Cláudio Brandão. *Curso de Direito penal*... cit., p. 355; assim também no comentário de abertura de René Ariel Dotti. *Curso de Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 627, no qual o autor expressamente menciona que o concurso de crimes se relaciona com facetas do princípio de culpabilidade relacionadas especificamente ao fundamento e aos limites da pena.

9 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. 3. ed. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. t. II, p. 359.

10 MAURACH, Reinhard. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Juan Córdoba Roda Barcelona: Ariel, 1962. v. II, p. 417.

11 Muñoz Conde bem o demonstra ao afirmar a vinculação entre a teoria do concurs a parte especial do Direito penal, sustentando que esta é tão forte que é impossível resolver a questão da decisão por esta ou aquela imposição de pena em sede concursal sem recorrer à análise da efetiva configuração delitiva dos tipos penais a que corresponde. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍ ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General* 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 465.

12 Ponto de vista similar é adotado, no Brasil, por Ricardo Antunes Andreucci. *Estudos e Pareceres em Direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 69.

13 Negando especialmente a opinião de parte da doutrina italiana, que aponta passagens do Digesto como sendo indício romano da regra de continuidade delitiva. FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho penal.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. t. III, p. 59; e ZAGREBELSKI, Vladimiro. *Reato continuato.* Milano: Giuffrè, 1970. p. 2-3. Roberto Lyra, em contrapartida, refere expressamente que "no direito romano não era ignorada a distinção entre o concurso formal e o concurso real". Cf. LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. II, p. 424.

14 Nesse sentido: CUELLO CALLÓN, Eugenio. *Derecho penal.* 6. ed. Barcelona: Bosch, 1943. t. I, p. 543.

15 Nesse sentido, por exemplo: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado.* S Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 39-40. BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado de Direito Penal. Parte Geral.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 607; Para farta bibliografia sobre essa situação veja-se: FAYET JÚNIOR Nei. *Do crime continuado.* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 36 ss.

16 Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho pena Parte General.* Trad. de Miguel Olmedo Cardenote, Granada: Comares, 2002, p 764.

17 Nesse sentido: FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 38. César Bitencourt afirma que "Jacobo de Belvisio, seu discípulo Bartolo de Sassoferrato e o discípulo deste, Baldo Ubaldis, foram não só os criadores do instituto do crime continuado, como também lançaram as bases político-criminais do novo instituto, que, posteriormente, foi sistematizado pelos práticos italianos dos séculos XVI e XVII". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*.... cit., v. 1, 13. ed., p. 607.

18 Os detalhes específicos dessa legislação, que trata do tema nos arts. 108, 109 e 1 estão traduzidos ao espanhol e acrescentados ao apêndice da tradução do Tratado de Feuerbach realizada por Zaffaroni e publicada por Hammurabi. Cf FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. *Tratado de Derecho penal.* Trad. de

Raul Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemaier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p 357.

19 FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 41.

20 Confira-se em José Henrique Pierangeli. *Códigos penais do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 279-280.

21 Cf. FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 42.

22 Cf. FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 42. Todas as informaçõ sobre as sucessões legislativas do Brasil na matéria são de Nei Fayet Júnior. *Do crime continuado*... cit., p. 41-45.

23 Nesse sentido: FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 43.

24 Todas as informações sobre as sucessões legislativas do Brasil na matéria são de Nei Fayet Júnior. *Do crime continuado*... cit., p. 41-45.

25 Veja-se o Capítulo 6.

26 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 764-765.

27 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 765.

28 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 765-766.

29 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 766.

30 Veja-se, por todos, Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 407-408, quem se obriga catalogar uma série de situações em que essa unidade deve prevalecer.

31 Veja-se, para mais detalhes sobre a unidade do tipo de ação e seu conteúdo, noss Paulo César Busato. *Direito penal e Ação Significativa*. Rio de Janeiro: Lumer Juris, 2005, especialmente p. 204 ss.

32 BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 195 v. I, t. II, p. 288.

33 Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*... cit., p. 288; e FAYET JÚNIOR, Nei. *Do cri continuado*... cit., p. 87.

34 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 16. ed. S Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 680.

35 FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 88.

36 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit.,

16. ed., v. 1, p. 680; e FAYET JÚNIOR, Nei.*Do crime continuado.* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 89.

37 Nesse sentido: BRUNO, Aníbal. *Direito penal*... cit., p. 289.

38 Cf. FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 89.

39 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., v. 16. ed., p. 681. Compare--se com Aníbal Bruno. *Direito penal*... cit., p. 289.

40 Cf. FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 90.

41 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte Geral*... cit., 1, 16. ed., p. 681; e FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 90.

42 Cf. FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 90.

43 A expressão *concurso de crimes* é criticada por parte da doutrina, sob o argumen de que melhor seria referir a *concurso de infrações*, uma vez que a regra pode ser aplicada também ao concurso entre contravenções penais. Nesse sentido: DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal*... cit., p. 627.

44 Veja-se, a respeito, o Capítulo 14.

45 Nesse sentido, refere Ney Fayet que o enquadramento do crime continuado nc concurso de crimes "implica certa resistência", isso "porque, conceitualmente, aquele é um crime único, não ensejando, portanto, o aparecimento de um *concursus delictorum* propriamente dito", ainda que o autor, especificamente, não concorde com tal opinião, sustentando que a pluralidade de fatos puníveis do crime continuado basta para tal inclusão. Cf. FAYET JÚNIOR, Nei*Do crime continuado*... cit., p. 65.

46 Cf. DOTTI, René Ariel.*Curso de Direito penal*... cit., p. 627. Apenas cumpre ressalvar que, enquanto o autor em questão refere ao fundamento e limite da pena em face do princípio de culpabilidade, aqui entende-se que a ideia geral de proporcionalidade, também derivada do mencionado princípio, é quem rege o tema, uma vez que não se trata de um tema exclusivamente subscrito à teoria da pena, senão que engloba também conceitos relacionados à teoria da imputação.

47 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal*... cit., p. 628, nota 10.

48 Assim, por exemplo: BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critéri de aplicação.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 313-314.

49 SOUZA, Renee do Ó e LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. "A L

13.964/2019 e as modificações do Código penal”, *in Lei Anticrime. Comentários à Lei 13.964/2019*. [Org. – Renee do Ó Souza], Belo Horizonte De Plácido, 2020.

50 Sobre o tema, é seminal BITENCOURT, Cezar Roberto *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1993.

51 Art. 75, § 2º Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

52 Assim, por exemplo: FRAGOSO, Heleno Cláudio *Lições*... cit., p. 294; e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 214. A referência dos autores era, obviamente, ao patamar de 30 anos estipulado pelo Código Penal de 1984, mas neste texto, preservou-se a ideia dos autores, atualizando-as para a referência aos 40 anos e seu múltiplo, conforme estipulado pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

53 Nesse sentido: TELES, Nei Moura. *Direito penal*... cit., p. 455-456.

54 Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. § 1º Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

55 Cf. Nei Fayet Júnior. *Do crime continuado*... cit., p. 76, quem atribui a criação legislativa a uma ideia de Celso Delmanto. A denominação é criticada por Moura Teles, quem afirma que o caso é de concurso formal, efetivamente, apenas tratado como concurso material, portanto, a denominação de concurso *material* benéfico estaria equivocada. Cf. TELES, Nei Moura *Direito penal*... cit., p. 442.

56 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições*... cit., p. 349.

57 TELES, Nei Moura. *Direito penal*... cit., p. 442-443.

58 TELES, Nei Moura. *Direito penal*... cit., p. 443.

59 Entendendo incluídas nas hipóteses de *desígnios autônomos* tanto o dolo direto quanto o eventual, veja--se (STJ – Resp. 138.557-DF, Rel. Min. Gilson Dipp -

5ª Turma, j. 14.5.2002; STF – RHC 88404-RJ, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j
em 20.6.2006).

60 Veja-se o Capítulo 8.

61 Veja-se, para detalhes, o Capítulo 8.

62 Aqui se opta por reconhecer o caráter ficcional do crime continuado, não obstante saiba há discussão doutrinária sobre o assunto, havendo quem afirme que se trate de uma realidade jurídica, ou até, uma realidade natural, conforme bem refere Hurtado Pozo, em HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte General I*. 3. ed. Lima: Grijley, 2005. p. 944.

63 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 358.

64 Nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., 769.

65 Veja-se: MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho pe Parte General 2*. Trad. de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. p 581.

66 Nesse sentido: CREUS, Carlos. *Esquema de Derecho penal. Parte General*. Bue Aires: Astrea, 1993. p. 89.

67 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. *Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 607-608; e FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 95-103.

68 Essa teoria era confessadamente a preferida de Roberto Lyra. Cf. LYRA, Roberto *Comentários*... cit., p. 444.

69 LYRA, Roberto. *Comentários*... cit., p. 443.

70 Cf. LYRA, Roberto. *Comentários*... cit., p. 444.

71 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*... cit., 469.

72 Esse era o entendimento, por exemplo, de Heleno Cláudio Fragoso. *Lições*... cit., 352.

73 LYRA, Roberto. *Comentários*... cit., p. 445.

74 FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 96.

75 Nesse sentido: LYRA, Roberto. *Comentários*... cit., p. 445; PIMENTEL, Manoe

Pedro. *Do crime continuado*... cit., p. 79.

76 Cf. LYRA, Roberto. *Comentários*... cit., p. 445.

77 Veja-se, por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto.*Tratado de Direito Penal. Parte Geral*.... cit., 16. ed., v. 1, p. 683.

78 Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derec. penal*... cit., p. 464.

79 Fragoso já utilizou a referência para diferenciar a conduta natural da conduta jurídica para fins de identificação da pluralidade de crimes: FRAGOSO, Helen Cláudio. *Lições*... cit., p. 349.

80 A expressão é de Johannes Wessels. *Derecho penal. Parte General*. Trad. de Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 229.

81 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 763.

82 JESUS, Damásio Evangelista de.*Direito penal. Parte Geral.* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1, p. 605.

83 TELES, Nei Moura. *Direito penal*... cit., p. 444.

84 BRANDÃO, Cláudio.*Curso de Direito penal*... cit., p. 358. No mesmo sentido: QUEIROZ, Paulo.*Direito penal. Parte Geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 306; e BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas*... cit., p. 318.

85 A denominação aparece em Nei Fayet Júnior. *Do crime continuado*... cit., p. 165.

86 FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Org.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 394.

87 No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições*... cit., p. 351.

88 O comentário aparece em Nei Moura TELES. *Direito penal*... cit., p. 445.

89 No mesmo sentido: Nei Moura Teles. *Direito penal*... cit., p. 445, para quem os indicadores devem ser avaliados em conjunto.

90 No mesmo sentido: TELES, Nei Moura. *Direito penal*... cit., p. 445.

91 Nesse sentido: CEREZO MIR, José.*Derecho penal. Parte General.* São Paulo-Lima: Revista dos Tribunais--ARA Editores, 2007, p. 1179.

92 Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal*... cit., p. 422, para quem "a equivalência do tipo subjetivo é indicada, necessariamente, por um dolo unitário abrangente do conjunto das ações típicas em continuação, com suas

características comuns de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes, indispensável para integrar a pluralidade das ações típicas na unidade do crime continuado, definido pela literatura como unidade de injusto pessoal”.

93 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 421. Também: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIE-RANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p 621. Também adotaram uma teoria objetivo-subjetiva, no Brasil, vários outros autores, como: GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito penal*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. I, t. II, p. 515; e BRUNO, Aníbal. *Direito penal*... cit., p. 299-300.

94 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 370.

95 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 609.

96 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6, p. 166-167.

97 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 373.

98 Nesse sentido, a crítica de Manoel Pedro Pimentel. *Do crime continuado*... cit., p. 93.

99 Assim, por exemplo: MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*... cit., p. 37[illegible] MAYER, Max Ernst. *Derecho penal. Parte General*. Trad. de Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007, p. 211; e DOHNA, Alexander Graf zu. *La Estructura de la teoría del delito*. Trad. de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958. p. 104.

100 TELES, Nei Moura. *Direito penal*... cit., p. 447.

101 PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 282.

102 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 609.

103 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 421-422.

104 Aderem a esse ponto de vista, por exemplo: MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho penal. Parte General*... cit., p. 541.

105 Veja-se, a respeito: HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del do

ADCP. Trad. de María del Mar Díaz Pita. Madrid: Centro de Publicaciones de Ministerio de Justicia, 1990.

106 Para detalhes sobre o tema veja-se o Capítulo 8 desta obra.

107 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*... cit. 13. ed., v. 1, p. 611.

108 Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*... cit., p. 359.

109 Nesse sentido: FAYET JÚNIOR, Nei. *Do crime continuado*... cit., p. 82.

110 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. *Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 611.

111 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 420.

112 Sobre delitos de acumulação, vide: SILVA DIAS, Augusto. What If Everybody di it?: sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais,* ano 13, nº 3. Coimbra: Coimbra editora, jul./set. 2003, p. 303 ss.

113 Para mais comentários sobre o princípio de intervenção mínima, inclusive sobre sua relação com os delitos de acumulação, veja-se o Capítulo 2 deste livro.

Capítulo 20

DA DETERMINAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE SUA SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E/OU MULTA

INTRODUÇÃO

Uma vez alcançada uma pena total, proveniente da individualização e computadas as regras de concurso de crimes, duas etapas restam para culminar a estruturação da pena a que o autor finalmente será submetido: a determinação do regime inicial de cumprimento de pena e a análise de possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e/ou multa.

1. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A regra geral que estabelece o regime inicial de cumprimento de pena é a estabelecida no art. 33 do Código Penal.[1] O § 1º do mencionado artigo define o que se considera como cada um de tais regimes. Afirma-se que o regime fechado é a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, enquanto o regime semiaberto consiste na execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e, finalmente, o regime aberto é a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. Mais detalhes acerca dos regimes de pena são definidos na lei de execuções penais, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, nos arts. 110 e ss.

Define-se, pois, o regime de pena a partir do local em que ela se cumpre. Daí a completa inadmissibilidade das adaptações que tem sido constantemente feitas na

praxis forense paranaense, em que a partir de resoluções e de regras do Código de Normas da Corregedoria de Justiça do Tribunal de Justiça violou-se gravemente as regras do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, obrigando pessoas a cumprirem penas de regimes mais leves em estabelecimentos próprios para penas mais graves.[2] Enfim, o caso é gravíssimo, pois em uma flagrante quebra do princípio de legalidade, o Judiciário tem legislado em matéria de execução penal.

Importa ter em mente que o dispositivo é composto de um *caput*, que rege toda a interpretação dos parágrafos respectivos. Nesse sentido, segundo as disposições do art. 33*, caput, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado*.

O texto deixa claro, desde logo, que a pena de detenção não comporta – por si só – o cumprimento inicial da privação de liberdade em regime fechado, coisa que é permitida para a pena de reclusão. A ressalva final, a respeito de necessidade de transferência, logicamente, deriva da necessidade de unificação de penas, em atendimento à regra do art. 75, § 2º, do Código Penal ou das hipóteses de regressão, contempladas no art. 118, inciso II, da Lei nº 7.210/1984. Ou seja, caso a pena de detenção, ao ser unificada a outra preexistente, leve o total da pena, pelas condições do condenado, a ser cumprida em regime fechado ou, caso se trate de condenação superveniente sofrer, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime aberto ou semiaberto.

A regra que complementa o *caput* é a do § 2º do mesmo art. 33, a qual menciona que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, tomando-se por base o mérito do condenado, observados critérios relacionados à quantidade de pena e à condição de primariedade ou reincidência do acusado.

Resulta criticável, de *lege ferenda*, desde o ponto de vista adotado nesta obra a respeito da reincidência, que este critério seja tomado em conta pelo legislador sempre em sentido de piorar a sua condição de cumprimento de pena, eis que claramente a reincidência pode derivar tanto de fatores pessoais quanto conjunturais, e se o caso é o deste último sentido, não seria razoável que o réu carregasse com o

peso de tal circunstância.

Desse modo, parece que a opção político-criminal do legislador não corresponde com a realidade criminológica de nossos dias, reclamando uma reforma legislativa. E não há outra maneira de proceder, dada a soberania do legislativo acerca da matéria. Ou seja, não é possível decidir *contra legem* diretamente, diante da opção feita pelo legislador.

Assim, desde este ponto de vista, em sendo primário, o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; o condenado a pena superior a 4 (quatro) anos e que não exceda a 8 (oito), poderá cumpri-la em regime inicial semiaberto e o condenado a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá cumpri-la inicialmente em regime aberto.

A condição de reincidente, segundo as regras do § 2º, leva à progressiva piora do regime inicial de cumprimento de pena. Assim, veda-se ao reincidente que seja condenado a pena superior a 4 (quatro) anos e que não exceda a 8 (oito), cumpri-la em regime inicial semiaberto. Resta-lhe, por óbvio, o regime fechado, o único mais grave remanescente. Por outra, para o reincidente condenado a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o Código simplesmente veda o cumprimento da pena inicialmente em regime aberto, sem qualquer menção a que se cumpra em regime semiaberto ou fechado, que são ambos piores que o aberto.

Aqui surge o problema de definir se os condenados a penas de até quatro anos, sendo reincidentes e não sendo o caso de unificação de penas, irão para o regime semiaberto ou fechado, de modo que jamais se cogita a possibilidade do reincidente cumprir sua pena inicialmente em regime aberto. Se assim não fosse, estaríamos igualando situações de réus desiguais, o reincidente e o não reincidente, que, na hipótese aventada pela defesa, poderiam ambos cumprir sua pena inicialmente em regime aberto.

O primeiro critério de solução, sem dúvida, é a remessa ao *caput*, uma vez que os critérios de quantidade de pena e de reincidência são *subordinados* a um critério geral de qualidade da privação de liberdade, que diferencia reclusão e detenção.

Portanto, em sendo o condenado reincidente a uma pena de *detenção* não

superior a quatro anos, jamais poderá cumpri-la inicialmente em regime fechado, a despeito de quais sejam as suas condições ou circunstâncias, pelo simples fato de que a pena de *detenção* não pode ser cumprida em regime fechado.

Remanesceriam os casos de condenados reincidentes a penas de *reclusão* não superior a quatro anos.

Para estes casos, a regra de baliza deve ser a do art. 33, § 3º, do Código Penal, segundo a qual *a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*, ou seja, as circunstâncias judiciais entram em cena para resolver a lacuna legal.

É justamente este tema – como analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, para fixar o regime inicial nos casos do § 2º do art. 33 do Código Penal – que foi elaborado o Enunciado nº 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. O mencionado enunciado sumular traz o seguinte texto: *Súmula 269 do STJ – É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*.

Remanesceria a pergunta sobre o que quer dizer a expressão "se favoráveis as circunstâncias judiciais". Deve-se traduzir isso por *se todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis* ou *se forem majoritariamente favoráveis as circunstâncias judiciais.* A questão é tormentosa.

Nessa obra, defende-se que a análise das circunstâncias judiciais não pode ser matemática, mas deve ser qualitativa, podendo existir uma só circunstância que, por sua intensidade, faça pesar a balança em um sentido ou em outro. E é essa a opinião que parece mais adequada. Serão consideradas favoráveis as circunstâncias conforme pese em favor do réu *qualitativamente* o conjunto delas.

O mesmo critério de solução, deve ser aplicado aos casos de condenação de um reincidente a detenção entre 4 e 8 anos. Já não se trata aqui de lacuna legal, senão de sobreposição, de um conflito aparente de normas. Se, por um lado, a alínea *b*, do § 2º, do art. 33 veda a aplicação do regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, a sua condição de condenado por detenção veda a execução inicial da pena em regime fechado. O conflito aparente de normas resolve-se pela subordinação, uma vez que os

critérios de quantidade de pena e de reincidência são *subordinados* a um critério geral de qualidade da privação de liberdade, que diferencia reclusão e detenção. Assim, não obstante a reincidência, no caso de condenação por detenção a pena superior a quatro e não excedente a oito anos, deverá ser aplicado o regime inicial semiaberto.

2. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

Concluída a terceira etapa, determinada a qualidade e a quantidade da pena privativa de liberdade e seu regime, o juiz terá a oportunidade de substituí-la, por pena restritiva de direitos cumulada ou não com multa ou até por pena exclusivamente de multa, nos termos do art. 44 do Código Penal.

A última etapa de fixação da pena é justamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A voz do art. 59 do Código Penal não deixa qualquer dúvida sobre o assunto, ao situá-la expressamente no inciso IV, ao lado das demais etapas antes descritas.[3]

Importa destacar isso porque todas as questões relativas à possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade, ao serem consideradas uma etapa da fixação da pena devem ser regidas pelos seus critérios gerais a respeito tanto dos fundamentos da pena quanto das circunstâncias judiciais. Isto resulta decisivo, por exemplo, na análise de cabimento de substituição em casos de crimes hediondos ou equiparados.

Outrossim, bem observado, o comando legal utilizado culmina com uma expressão condicional: se cabível.

Isso significa que a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é uma etapa cogente na fixação da pena, mas demanda uma criteriosa análise judicial dos requisitos do art. 44 do Código Penal.[4]

Os requisitos ali elencados, que devem ser atendidos cumulativamente, são objetivos e subjetivos.

Objetivamente se requer que a pena privativa de liberdade aplicada não seja

superior a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com grave ameaça à pessoa, se for doloso. Se for imprudente o delito, o teto de pena desaparece. Embora o texto não mencione, há de entender-se, isso se dá porque a violência igualmente desaparece, já que a tratativa pretende igualar a violência e a grave ameaça, com o que, a violência há de ser entendida como violência intencional, pois, do contrário, haveria de se equiparar a violência não intencional com uma ameaça imprudente, e esta última, claramente, constitui um contrassenso. Como não existe possibilidade de ameaça imprudente, não se há de cogitar de violência imprudente. Por consequência, está justificado o desaparecimento de qualquer limitador qualitativo da prática delitiva para substituição em casos de crimes imprudentes.

Há que se observar, ainda, que não obstante os delitos de lesões corporais leves e de ameaça constituam, por si sós as circunstâncias impeditivas da substituição, não parece razoável, segundo critérios de proporcionalidade, que não se permita a substituição da pena privativa de liberdade eventualmente aplicada por penas restritivas de direitos. Também parece discutível, pelos mesmos motivos, a necessidade do encarceramento do autor de lesões graves ou do autoaborto.

Aparentemente, a meta do legislador, não muito bem delineada, foi excluir da possibilidade de substituição por penas restritivas de direitos os crimes complexos que, afetam algum bem jurídico diverso, mais a integridade física ou tranquilidade das pessoas, tal como o roubo, por exemplo.

Lamentavelmente, não é isso o que se fez no texto legislativo.

A solução parece ser acudir ao princípio de proporcionalidade – como expressão do princípio de culpabilidade – entre os tipos, para reclamar a aplicação da substituição nos casos concretos.

Subjetivamente, exige-se que o condenado não seja reincidente em crime doloso e que as circunstâncias indicadas no inciso III do dispositivo legal mencionado, coincidentes com certas circunstâncias judiciais, indiquem, em seu conjunto, a suficiência da substituição, ou seja, correspondam à necessidade de pena, sempre tendo em vista a perspectiva minimizadora da intervenção.

Entretanto, pretendendo ser mais transigente a respeito da questão da

reincidência, o legislador acabou ressuscitando uma instituição execrável, há muito soterrada: a reincidência específica.

É que estava claro que ao exigir (art. 44, inciso II, do Código Penal) que o réu a quem se aplique a substituição seja primário, ao menos no que se refere a crimes dolosos, o legislador restringia a possibilidade de substituição em casos de reincidência em furtos de objetos de pequeno valor ou receptações, situações que resultam muito frequentes na *praxis* forense.

Então optou-se pela abertura. Porém, para não ser uma abertura irrestrita, estabeleceu-se no art. 44, § 3º, do Código Penal,[5] uma regra a respeito da reincidência, consistente em disposição que ressuscitou a malfadada reincidência específica. Estabeleceu-se que a possibilidade de substituição em casos de autores reincidentes em crimes dolosos somente para aqueles que não fossem reincidentes em virtude da prática do mesmo crime.

O problema de violação da igualdade é óbvio, pois a norma distingue entre condenados que têm uma situação forense quase idêntica, em um fator muito importante, que é a possibilidade de, mesmo sendo reincidentes, terem a pena privativa de liberdade substituída.

Visava-se precisamente evitar que o autor de vários furtos subsequentes fosse beneficiado, sem levar em consideração que o fator mais importante de geração de reincidência no furto é a miséria do ladrão que é um fator conjuntural externo, que passa longe de ser solucionado pela imposição indiscriminada de privação de liberdade.

E o pior é que esta perspectiva não apenas é cega em face da conjuntura da produção de sua hipótese de incidência, senão que tampouco responde adequadamente aos pretendidos padrões de proporcionalidade a que parece atentar. É fácil ver, por exemplo, que alguém que tenha praticado um peculato e uma falsificação de documentos públicos, ambos delitos sem violência à pessoa, cuja pena poderia, individualizada, poderia estar dentro deste marco, certamente, teria realizado algo mais grave do que o autor dos dois furtos simples.

Finalmente, cabe referir que o § 2º do art. 44 do Código Penal estabelece que na

condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Isso significa, em termos de substituição por penas restritivas de direitos que não há nenhum problema na cumulação de duas penas restritivas de direitos.

Claro está, entretanto, que é preciso que tais penas restritivas de direitos guardem entre si a possibilidade de cumprimento cumulativo.

O eventual descumprimento injustificado das penas restritivas de direitos substituídas, a teor do que prevê o art. 44, § 4º,[6] do Código Penal, leva à retomada da pena privativa de liberdade substituída, situação em que o tempo cumprido de restrição de direitos será deduzido da pena privativa de liberdade a cumprir, a qual nunca será inferior a trinta dias de detenção ou reclusão.

Por outro lado, nota-se que as penas restritivas de direitos podem ver-se cumuladas com as multas.

Tanto no caso de cumulação entre restritivas de direitos ou destas com multas, as penas devem ser aquelas passíveis de substituição que sejam superiores a um ano.

Para as penas inferiores ou iguais a um ano, se lhes permite substituição apenas por uma pena restritiva de direitos ou até simplesmente por multa.

3. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULT ALTERNATIVA OU CUMULADA COM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Dentro da regra geral de proporcionalidade para a substituição, a última etapa é reservada para a possibilidade de substituição da privação de liberdade por pena de multa.

Se a condenação for igual ou inferior a um ano, por determinação do § 2º do art. 44 do Código Penal,[7] a pena privativa de liberdade pode ser substituída apenas por multa ou por uma restritiva de direitos, se a pena for superior – ainda dentro dos demais requisitos do *caput* do art. 44 do Código Penal – permite-se sua substituição

por multa mais uma pena restritiva de direitos, ou cumular-se mais de uma pena restritiva de direitos.

Na verdade, a substituição por pena de multa é medida que resulta extremamente salutar, em especial em delitos patrimoniais de pequena monta, que podem estar cobertor por esta classe de substituição por seus requisitos peculiares.

Naturalmente, a melhor resposta dissuasória, desde um ponto de vista criminológico, para os arroubos de atentados individuais patrimoniais é fazer perceber que isso não é compensador desde o próprio ponto de vista patrimonial. Portanto, aqui haveria um papel importante a ser desempenhado pela pena de multa.

Ainda que isso não conste no texto da lei de reforma, o advento do texto da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, revogou-se tacitamente o art. 60, § 2º, do Código Penal. Isso porque, o dispositivo em questão – cuja redação remonta à edição da nova parte geral de 1984 – limita a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por multa, ao máximo de seis meses. Uma vez agora a pena privativa de liberdade até um ano pode ser substituída pena de multa, a teor do art. 44, § 2º, do Código Penal, há de entender-se aquele dispositivo como expressamente revogado. O conflito de normas é resolvido pelos critérios gerais de sucessão da lei penal no tempo, eis que o dispositivo mais novo é mais favorável ao réu.

Finalmente, importa destacar a respeito da pena de multa que ela é considerada, para fins de substituição, uma pena mais leve do que a restritiva de direitos.

A prova disso é que o eventual descumprimento da pena de multa não gera, como no caso de descumprimento das penas restritivas de direitos, à retomada da pena privativa de liberdade substituída.

Uma vez substituída a pena privativa de liberdade exclusivamente por multa, o art. 51, com redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, determina que a multa se converta em dívida de valor[8]. O uso desta expressão pela lei alterou a tratativa da pena para execução, após o trânsito em julgado, estabelecendo, em caso de inadimplemento, o procedimento de cobrança da Fazenda Pública, inclusive no que pertine às regras de prescrição.

A partir desta questão, abriu-se a discussão a respeito de quem seria o titular

para a execução da pena de multa, se a Fazenda Pública ou o Ministério Público. A questão dividiu opiniões, porque trazia em seu bojo outras perguntas, quiçá mais relevantes: - Qual a natureza da pena de multa em sede de execução? A multa, uma vez entrando em execução, perde sua natureza penal? Isto porque, caso seja simples dívida de valor, restaria afastado seu caráter penal, competindo à Fazenda Pública sua execução, como outra dívida qualquer. Ao contrário, entendendo-se que ela preserva a natureza penal, o titular de sua execução deveria ser o titular da execução penal, ou seja, o Ministério Público. As divergências alcançaram inclusive o Supremo Tribunal Federal o qual, por maioria, em 13 de dezembro de 2018 decidiu por entender que a regra implantada pelo art. 51 não altera a natureza jurídica da multa que, sendo uma condenação penal, deve ser executada pelo Ministério Público, tema que foi cristalizado pela redação dada ao dispositivo pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019[9].

Para mais detalhes sobre a pena de multa e as penas restritivas de direitos, veja-se, nesta obra, o Capítulo 16.

4. A QUESTÃO DA APLICABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

Um tema bastante delicado é a questão da possibilidade ou não de aplicação de regime inicial diverso do fechado, bem como das regras gerais de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou multa, em casos de crimes hediondos ou equiparados.

A questão é de suma importância porque os crimes de tráfico de drogas, que são a imensa maioria dos crimes que reclamam a aplicação da lei em questão, não são realizados com violência ou grave ameaça à pessoa e podem sofrer penas totais passíveis de substituição.

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, com redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, em seu art. 2º, § 1º, estabelece que a pena por crime hediondo, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o

terrorismo, será cumprida em regime inicialmente fechado, admitindo-se a progressão na forma do art. 112 da Lei 7.210/84, com redação dada pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

A atual Lei de Drogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006), veda expressamente a substituição da pena privativa de liberdade aplicada para casos de tráfico e suas variações (quadrilha para o tráfico, colaboração etc.) por restritiva de direitos, em seu art. 44.[10]

Do ponto de vista legal, em princípio, não há qualquer dúvida acerca da opção de que nesses casos, o regime inicial de cumprimento de pena será *sempre* o fechado.

A partir disso, uma interpretação sistemática conduziria à previsão de que não cabe a substituição no caso de nenhum crime hediondo, uma vez que não cabe para o tráfico.

Por outro lado, não havendo vedação expressa na lei de crimes hediondos, resulta impossível, por flagrante violação do princípio de legalidade, impor a restrição em que ela não existe e, em um conflito entre a norma positiva e o princípio de legalidade, não há dúvida de que este último deve prevalecer, proibindo a interpretação extensiva *in malam partem.*

Isto é uma mostra claríssima de como o legislador andou mal na regulamentação do tema, pois poderia haver um caso de falsificação de medicamentos ou de favorecimento à prostituição de crianças passível de substituição, quando a venda de droga para um usuário, não seria.

Quiçá por conta disso, a *praxis* de nossos Tribunais tem sido a de permitir a aplicação de regime inicial diverso do fechado e a aplicação de penas substitutivas, em especial em casos de tráfico de drogas. O argumento central tem rondado a ideia de que tais limitações restringem as possibilidades de individualização da pena do magistrado.[11]

Mais recentemente, chegou-se à afirmação de que os casos de tráfico de drogas aos quais resulte aplicável a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, não devem ser equiparados a hediondos e, portanto, são passíveis de substituição e regime inicial diverso do fechado.

Lamentavelmente, trata-se de mais uma *praxis* tecnicamente paupérrima empregada para corrigir um defeito político-criminal grave. Parece que tem sido este o cotidiano recente das Cortes brasileiras. O legislativo anda mal e atua de forma recrudescente, obedecendo uma política punitiva e populista. O resultado é a criação de leis penais mais duras que, ao serem aplicadas impactam negativamente na sociedade. A reação vem de parte dos advogados, tratando de criar novas teses que possam, de alguma forma, amainar a injusta sanha punitiva.

Os Tribunais, sensíveis à gravidade e desproporcionalidade das sanções impostas, reagem acolhendo algumas destas teses, invariavelmente as menos felizes desde um ponto de vista técnico, e consolidam entendimentos que destroem completamente qualquer lógica sistemática com que se pretenda ler o sistema punitivo.

A consequência disso é a geração da mais absoluta insegurança na aplicação do sistema.

A esta insegurança, responde o legislativo com mais dureza nas leis penais, fechando um ciclo vicioso terrível.

Portanto, para comentar esse tema, vejo como necessário partir de dois pontos.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro o equívoco da política criminal com relação às drogas, em que um problema obviamente sanitário tem sido indevidamente encaminhado para a seara penal.

Os elementos básicos que rondam o problema das drogas são preceitos conhecidos de todos, mas quase sempre – deliberadamente ou não – esquecidos.

Em primeiro lugar, existem várias substâncias entorpecentes cujo uso é permitido e outras cujo uso é proibido. O critério de seleção da proibição parte do objeto em si e não do seu uso pelo sujeito. Proíbem-se certas classes de drogas e não certos usos de tais drogas ou o uso delas em certas circunstâncias, o que é um equívoco que pode ser demonstrado a partir das várias situações de uso terapêutico de drogas proibidas.

Em segundo lugar, verifica-se que o foco da repressão está equivocado em trabalhar em uma chave de repressão *x* abandono, consistente no equivalente

foucaultiano de matar ou deixar morrer, pois todas as baterias do direito penal repressivo e da força bruta policial são dirigidos ao traficante enquanto absolutamente nada se faz em favor do resgate do usuário.

Essa postura descuida precisamente daquilo que é essencial, ou seja, responder à pergunta do porquê existe o tráfico. Existe o tráfico porque alguém necessita muito daquilo que está proibido e busca quaisquer vias para conseguir o que necessita. Tal circunstância deveria fazer denotar que o problema que existe está em que alguém que padece de dependência física e/ ou psíquica em face de uma droga tem que buscá-la em fontes escusas.

Uma atuação decisiva do Estado no atendimento médico, na oferta da droga ou de sucedâneos dela, sob controle, em programas de desintoxicação voluntários, daria acolhida à dependência do viciado e este jamais se submeteria ao traficante.

Importa destacar que é o viciado, o dependente, e não o usuário comum, aquele que está disposto a fazer qualquer coisa – inclusive práticas delitivas – para conseguir a droga. Se este tiver acolhida adequada para aplacar sua dependência nas instâncias médico-sanitárias do Estado ele não tem razão lógica nenhuma para buscar o traficante nem submeter-se a este. Menos ainda razão para enfrentar os riscos que tal relação representa para si e para sua família. Mais do que isso. A condição de dependência é algo degradante e qualquer pessoa dependente percebe isso. Não há porque degradar-se mais, caso exista uma saída médica, clínica. É possível afirmar que a imensa maioria dos viciados não aprecia tal condição. Caso o Estado acolha esta massa, estará desmobilizando seriamente as possibilidades de prática criminosa e de difusão da própria droga dos traficantes, retirando-lhes recursos humanos e, de consequência, econômicos.

Quebrar-se-ia o ciclo vicioso e se permitiria trabalhar a questão da regulamentação dos limites de proibição da droga fora dos casos de dependência, no plano do uso recreativo, quiçá minorando o emprego de Direito Penal para solução dos casos.

Portanto, deixo clara aqui minha posição contrária ao tratamento legislativo que se tem dispensado à questão do tráfico/uso de drogas.

Por outro lado, essa péssima postura político-criminal é contrabalançada por uma completa falta de técnica no que tange à massiva produção jurisprudencial acerca do tema.

Basicamente a questão que foi posta inicialmente ao Poder Judiciário era a exigência de cumprimento de pena integralmente em regime fechado para autores de crimes hediondos. O óbvio problema dessa postura é a violação da humanidade da pena, pois simplesmente se desistia do sujeito. A progressividade do sistema é base da humanidade da pena e deriva tanto do princípio de intervenção mínima quanto do próprio princípio de legalidade.[12] O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, em sua redação original padecia, portanto, de grave inconstitucionalidade. A progressividade de regime é exigência do Estado social de Direito, na medida em que o Estado não pode desistir do indivíduo, já que é constituído para este. Obviamente, tal princípio é abrigado na exigência de humanidade da pena, cristalizada no art. 5º da Constituição Federal.

E aí começaram os problemas. Julgou-se de modo correto pelas razões erradas.

Corretamente rechaçou-se a escolha por penas sem progressão que aliás era o argumento central. Sustentou-se, no entanto, como razão para afastá-las o fato de que tal proceder tolheria a possibilidade de o juiz individualizar a pena. Na verdade, ao que a doutrina se referia não tem nenhuma relação com a individualização da pena na hora da sentença. É de todos sabido, porém, que os limites e as regras que se impõe a respeito das penas existem precisamente para tolher a liberdade do juiz. O juiz não pode estabelecer a pena que quiser, mas sim a pena que lhe incumba fixar dentro dos marcos estabelecidos pela escolha político-criminal do legislativo. O argumento a respeito da individualização da pena, voltava-se ao fato de que tal individualização se trasladava à execução, ou seja, deveria ser também observada na passagem de um regime a outro, conforme o mérito individual do condenado, de forma individual.[13]

Naquele momento, pareceu não fazer diferença a razão da decisão, mas ela foi claramente a fonte de uma hecatombe técnica de grandes proporções.

É que a partir daí, como declarou-se a inconstitucionalidade da norma que estabelecia o regime fechado integral para crimes hediondos, a flagrante incapacidade

de compreensão da diferenciação que fazia já Karl Binding[14] nos alvores do Século XX a respeito de norma e lei, fez que se consagrasse o entendimento de que o parágrafo do artigo em questão, que determinava a pena em regime integralmente fechado se afastava do mundo jurídico. A lei nada mais é do que veículo da norma. A norma é o comando contido em uma expressão legislativa. Um mesmo dispositivo legal pode conter vários diferentes comandos normativos, como exemplificam as próprias normas penais incriminadoras, quando dirigem à generalidade das pessoas a norma primária, transmitindo uma ideia coercitiva de determinação de condutas e uma norma secundária, dirigida ao juiz, no sentido da determinação de aplicação de uma pena em contrapartida à prática delitiva anunciada no preceito. No caso vertente, cuida-se da mesma coisa.

Na verdade, o mesmo dispositivo legal continha duas normas: uma que estabelecia que todo o cumprimento de pena dar-se-ia em regime fechado, o que é um absurdo, contrário à progressão de regime; e outra que estabelecia que as condenações por crimes considerados hediondos ou equiparados deveriam ter sua pena iniciada em regime fechado, que nada tem de irregular, inconstitucional ou estranho.

Obviamente que o legislador de 1990 não referiu expressamente a isso no art. 2º, § 1º. E não o fez por um motivo evidente: quando tratava do tema, incidia no abuso de exigir uma pena integralmente cumprida em regime fechado. Ora, quem exige que se cumpra a pena toda em regime fechado, não há de estabelecer o regime inicial do cumprimento de pena. Seria uma redundância. Outrossim, a decisão político-criminal estava ínsita ao dispositivo.

Tanto é assim, que o próprio art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, depois da decisão paradigma que declarou sua inconstitucionalidade, foi alterado pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que estabeleceu que, para os delitos hediondos e equiparados o regime *inicial* de cumprimento de pena deveria ser hediondo. É bom notar que tal norma, renovada, não teve sua constitucionalidade questionada e segue vigente. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal houvesse pretendido alcançar a questão relativa à opção legislativa pelo regime inicial de

cumprimento de pena específico para crimes hediondos, a nova disposição legislativa provocaria uma imediata reação da Corte, no sentido da declaração novamente da inconstitucionalidade do dispositivo, coisa que não ocorreu.

A razão para tanto é simples. Trata-se de uma opção político-criminal legítima. É o Poder Legislativo quem, diante de sua discricionariedade político-criminal, estabelece, segundo critérios de maior ou menor necessidade de controle social, os casos em que deverá ser iniciado o cumprimento de pena no regime fechado, semiaberto ou aberto.

Da mesma forma que o legislador escolheu modalidades de pena (reclusão e detenção) patamares de pena privativa de liberdade (menos de quatro, entre quatro e oito e mais de oito anos) e padrões de recidiva (ser primário ou reincidente) como critérios para balizar o regime inicial de cumprimento de pena, não há nada que impeça o legislador de escolher legitimamente que para determinados crimes, o regime inicial de cumprimento de pena seja um dos existentes. Ademais, isso não afeta a individualização da pena, pois o juiz está vinculado às regras e realiza todas as etapas até esta como faz em qualquer outro delito. Para afirmar que a individualização se veria afetada, seria necessário dizer, por exemplo, que a determinação de que não cabe regime fechado para detenção fere a individualização da pena, pois, do mesmo modo, o regime inicial estaria condicionado. Isso é claramente um absurdo.

Ademais, é notório que o Poder Legislativo quis sempre dar tratamento mais recrudescente aos crimes hediondos, conforme revela a Constituição Federal, art. 5º, XLIII e a legislação ordinária (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º) ao tratarem do crime hediondo, com maior severidade.[15] Que a opção é incorreta e execrável, já se sabe. Que isso não resolve o problema da criminalidade, também se sabe. Entretanto, não se pode simplesmente ignorar que esta foi a pretensão e que a lei deve ser vista de forma contextualizada, cotejada com a Constituição Federal – que não é um simples conjunto de regras, mas de princípios – e com o ordenamento infraconstitucional. Uma coisa é a adoção de uma política criminal equivocada. Outra coisa bem diferente é pretender dizer que tal política não existe.

Na própria época em que surgiu a decisão do Supremo Tribunal Federal que gerou esta discussão, a doutrina mais especializada em matéria de individualização da pena, posicionou-se claramente no sentido de que aquela decisão afetava nada mais que a questão da progressividade de regime de cumprimento de pena.[16]

O mesmo se diga a respeito da substituição.

Com todo o respeito às Cortes Superiores, que têm decidido massivamente em sentido contrário do que aqui se sustenta, a vedação de substituição por penas restritivas de direitos para o tráfico de drogas é perfeitamente legítima em nada afetando nem a individualização da pena (já que se trata da última etapa do processo), nem constituindo qualquer classe de inconstitucionalidade.[17] A uma, porque se trata de uma limitação equivalente a outras, que são políticas criminais ditadas pelo legislador, como, por exemplo, os crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, ou as penas por crimes dolosos superiores a quatro anos. Não há qualquer inconstitucionalidade, nem qualquer interferência indevida na individualização da pena. Há puro exercício legítimo da potestade legislativa.

Outra coisa é dizer que tal opção político-criminal é equivocada e execrável, ponto aliás, que foi por onde comecei esta crítica.

Finalmente, no que diz respeito à questão de ser ou não equiparado a hediondo o delito de tráfico de drogas cometido dentro das condições do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, cumpre referir que se trata de uma causa especial de diminuição de pena referida exclusivamente a características do autor, ou seja, que *ele* seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Não se trata de um tipo penal especial ou privilegiado, mas sim de uma causa especial – e pessoal – de redução de pena. Simplesmente não é possível considerar que se trata de outro tipo que não o do tráfico de drogas. Aliás, a redação original do dispositivo expressamente vedava a substituição da pena privativa de liberdade em tais casos, circunstância que foi excluída pela alteração de texto ditada pela Resolução nº 5, do Senado Federal, por ter sido declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 97.256-RS.

Com todo o respeito aos pensamentos divergentes, inclusive os oriundos da Suprema Corte, nada há de inconstitucional os casos em que é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O criticável é que se o faça em obediência a discursos repressivos vazios.

Estou de acordo que as opções político-criminais restritivas voltadas precipuamente para recrudescer tratativas nos casos relativos às drogas são completamente descabidas. Mas as soluções dadas pela jurisprudência são contaminadas do mesmo vírus de incoerência.

Cabe perguntar até quando seguiremos respondendo atrocidades técnicas com outras equivalentes.

---

1 E, portanto, passa longe de constituir matéria processual penal como alguma vez aventado. Veja-se PRADO, Régis.*Curso de Direito penal brasileiro.* Volume 1 – Parte Geral. Arts. 1º a 120. 3. ed., São Paulo: RT, 2002. p. 457.

2 Veja-se, por exemplo TJ-PR – 8570249 PR 857024-9 ou *Habeas Corpus* Crime HC 5940976 PR 0594097-6 TJ-PR, em que se fala em Regime Semiaberto "Harmonizado", figura absolutamente inexistente no regime jurídico pátrio. Esta construção foi inventada no plano da legislação interna do Tribunal de Justiça do Paraná, mais precisamente, no item 7.3.2. do Código de Normas da Corregedoria da Justiça, e constitui uma flagrante violação do princípio de legalidade e uma forma oblíqua de legislar indevidamente em matéria penal. A estrutura é uma corruptela do sistema punitivo, que consiste em violação princípio da reserva legal, no campo penal, já que a Constituição Federal, em seu art. 22, inciso I, estabelece ser de competência privativa da União legislar, dentre outras coisas, sobre processo e Direito Penal. Não é possível pretender que se imponha uma forma de regime prisional híbrido, carente de previsão legal, cujo respaldo normativo seja o amparo em um Código de Normas da Corregedoria da Justiça.

3 Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:I – as penas

aplicáveis dentre as cominadas;II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

4 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas liberdade, quando:I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;II – o réu não for reincidente em crime doloso;III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

5 Art. 44, § 3º, Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

6 Art. 44, § 4º, A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

7 Art. 44, § 2º, Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser fe por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

8 Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

9 Trata-se da 12ª Questão de Ordem apresentada na Ação Penal 470 e na Ação Dir de Inconstitucionalidade 3.150, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. O voto vencedor foi do Ministro Luís Roberto Barroso, que foi seguido pelos Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e pelo presidente da Corte, Dias Toffoli. Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin. Os Ministros Celso de Mello e Gilma

Mendes estavam ausentes e não votaram.

10 Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

11 Veja-se, por todos o *Habeas Corpus* nº 97.256-RS, STF.

12 Veja-se, a respeito, Capítulo 2 deste livro.

13 Veja-se detalhadamente o argumento em FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 3. ed., São Paulo: RT, 1994. p. 140 e ss.; GOMES FILHO, Antoni Guimarães. "A defesa do condenado na execução penal". *Execução Penal:* mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. Grinover, Ada Pellegrini; Busana, Dante (orgs.). São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 38; DOTTI, René Ariel. "Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais legais". *Revista dos Tribunais*, n. 664 – fev. 1991. São Paulo: RT, 1991. p. 245 e ss.

14 Binding toma como campo de provas de sua tese o Direito penal, pois sua propos de diferenciação dirige-se concretamente para demarcar as diferenças entre "lei penal" *(Strafgesetz)* e "norma" *(Norm)*. Segundo Binding, a norma é um "imperativo primário" que não é vinculado ao Direito Penal, mas que lhe precede, enquanto a lei penal tão somente expressa as consequências da violação normativa, pelo que, a prática delitiva consistiria tão só em uma violação da norma e não da lei penal. Inclusive, quem pratica um delito não atua em desconformidade, mas sim em perfeito acordo com a disposição legal. "O delinquente – afirma – não 'viola' a lei mas sim 'realiza o tipo legal'". BINDING, Karl *Die normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtsmäβige Handlung und die Arten des Delikts*. Vol. 1, Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1872. p. 4.

15 Aliás, com o curial acerto, Cezar Bitencourt comenta a contraposição entre a política descriminalizadora das penas alternativas e a política recrudescente da lei de crimes hediondos. Refere o autor: "A política criminal descarcerizadora adotada pela Lei n. 9.714/98 é incompatível com a política de exasperação de pena adotada pela lei de crimes hediondos (8.072/90)". Cf. BITENCOURT Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal.* Parte Geral. Vol. 1. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 523.

16 Nesse sentido, BOSCHI, José Antonio Paganella *Das penas e seus critérios de*

aplicação. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 345, afirmou que “Finalmente, no dia 23 de janeiro de 2006, o colendo Supremo Tribunal Federal, em votação em Plenário, declarou a inconstitucionalidade da proibição de progredir nas condenações por crimes hediondos, ordenando, inclusive, a comunicação, nesse sentido, ao Senado, para a suspensão da norma do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90”.

17 Há quem, mesmo reconhecendo a vontade expressa do legislador em contrariar a tendência jurisprudencial na matéria da nova Lei de Drogas, segue defendendo a possibilidade de que o juiz no plano de sua liberdade de sentenciar, contrarie a vontade manifesta do legislador. Nesse sentido, QUEIROZ, Paulo*Direito penal.* Parte Geral. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 378-379.

Capítulo 21
OS SUBSTITUTIVOS PENAIS

INTRODUÇÃO

É mais do que sabido que a pena de prisão é um projeto falido,[1] afinal, por um lado, não é possível preparar ninguém para o convívio social segregando; por outro, não é permitido ao Estado, cuja existência só se justifica por e para os indivíduos, simplesmente desistir deles.

Assim, é um imperativo dos nossos dias a busca por opções substitutivas do encarceramento.[2] Essa tendência não é apenas uma orientação claríssima da doutrina penal e da criminologia, mas também atinge a própria legislação.

Nos últimos anos, por contraditório que pareça, ao lado de um aumento das figuras incriminadas, têm se buscado – é verdade, com bastante menos êxito do que o desejável – por alternativas à pena de prisão.

Por um lado, é forçoso reconhecer que qualquer substituição de penas de prisão corresponde a uma minimização concreta dos efeitos deletérios da prisão, correspondendo a um perfil mais humanitário.[3]

Além disso, na prisão são suprimidos vários outros direitos – além da liberdade – daqueles que são submetidos à prisão.[4]

Some-se ainda a evitação de outros efeitos embrutecedores, tais como as situações de violência contra a liberdade sexual e a precaríssima assistência aos direitos fundamentais dos encarcerados.[5]

Por outro lado, o incremento das alternativas prisionais é visto com ceticismo por certos setores da doutrina, em especial aqueles de orientação criminológica crítica, que vislumbram na ampliação dos substitutivos uma mera manobra diversiva discursiva dos setores detentores do poder.[6]

Esses autores entendem que os substitutivos penais cumprem, na verdade,

funções que provocam a preservação da prisão como instituição.

Isso porque eles serviriam de válvula de escape para a superlotação carcerária impulsionada pelas modernas políticas de tolerância zero.[7]

Ademais, representariam também uma verdadeira redução de custo do sistema punitivo, já que do ponto de vista utilitarista, existe uma verdadeira *crise fiscal* instalada no sistema persecutório, por força dos progressivos cortes financeiros em sistemas considerados economicamente *não produtivos*, e simultaneamente um progressivo aumento de custos pelo volume de pessoas encarceradas.[8]

Fala-se, ainda, que os substitutivos cumprem uma função de ampliação do controle social penal, já que passam a incluir nesse controle setores produtivos da população ao lado de setores não produtivos e certamente alcançam com essa classe de controle um número maior de pessoas.[9]

Como efeito, ainda, reduzem o *tempo de passagem pelo cárcere*[10] daqueles submetidos ao sistema prisional, de modo a permitir um aumento progressivo do volume de pessoas que passam pelo sistema, com as consequências estigmatizantes de todos conhecidas.

O resultado final é uma ampliação do sistema penal de controle social com o seu reforço e com o fortalecimento da instituição prisional, preservada sempre como sombra ameaçante do descumprimento dos substitutivos penais.[11]

A ampliação se dá desde um ponto de vista vertical, posto que o espaço de controle não mais se restringe à prisão, permanecendo o sujeito sob vigilância, mesmo fora do cárcere, e desde um ponto de vista horizontal, alcançando um maior número de controlados.[12]

Instaura-se, por certo, alguma controvérsia, no entanto, acredita-se que o uso racional e reducionista dos substitutivos não pode, de modo algum, ser considerado deletério. A distorção do seu emprego sim, como de resto, a distorção no emprego de todo o sistema punitivo, pode provocar os problemas indicados, senão vejamos.

O funcionamento como *válvula de escape* para a superpopulação carcerária não traduz um mal em si mesmo. A saída de alguém que estava detido em condições sub-humanas para o cumprimento de pena fora do cárcere não pode ser vista como

negativa, a menos que se prefira – contraditoriamente – que o indivíduo lá (no cárcere) permanecesse. O que é indesejável, isto sim, é que se mantenha o volume de encarceramento intacto a despeito das substituições.

Resumidamente, não pode ser uma má opção o substitutivo em si mesmo. O que não é aceitável é a sua conversão em um instrumento de ampliação do volume de pessoas vigiadas.

A redução de custos financeiros do sistema punitivo na troca de um encarceramento por outra forma de castigo não privativo de liberdade tampouco constitui, em si mesmo, um prejuízo, nem no plano individual, nem no plano social, sempre e quando não traduza uma redução de investimento do aparelhamento do setor prisional.

Assim, outra vez, o direcionamento da crítica parece equivocado.

O que se pode e deve criticar é que se aproveite politicamente o emprego dos substitutivos para promover recortes de investimentos no setor prisional. Isso evitado, os substitutivos aparecem novamente como benéficos, pois permitem um emprego de quantias maiores para a adequação das condições daqueles que permanecem encarcerados e para a efetivação progressiva dos seus direitos, inclusive, da própria existência de estrutura física para um cumprimento de pena mais adequado.

Outra crítica deslocada parece ser a de que os substitutivos representam, em si mesmos, uma ampliação no volume de pessoas controladas. Isso só será verdade se houver uma distorção na aplicação dos substitutivos. Como a própria denominação indica, os substitutivos são criados para serem aplicados *em substituição* às penas de prisão, e não em situações em que estas jamais ocorreriam. A ampliação do número de pessoas controladas pelo sistema penal somente ocorreria através de uma distorção do instituto, aplicando-se não em substituição a prisões, mas sim em substituição a situações de liberdade.

A afirmação de que seria negativo o fato de que os substitutivos reduzem o *tempo de passagem pelo cárcere* daqueles submetidos ao sistema prisional é uma afirmação, no mínimo, contraditória, quando não, desfocada. Ora, se o sistema prisional produz dessocialização, como é de consenso no discurso criminológico, uma

redução de prisionização não pode ser vista, em si mesma, como negativa.

O que se aponta como negativo seria a consequência dessa desprisionização, ao permitir um aumento progressivo do volume de pessoas que passam pelo sistema prisional. A questão, portanto, passa a ser outra: o essencial é que o aumento do emprego dos substitutivos seja acompanhado de uma contração do cárcere, ao menos, após superada a situação caótica da superlotação existente hoje. A conta é simples: com vários dos eventuais detidos tendo sua pena de prisão substituída por alternativas, mantidas as mesmas vagas nos cárceres, isso não implica o ingresso de novos encarcerados, mas sim em uma melhora de condições para o cumprimento da pena daqueles que lá remanescem, de modo que não se amplia – salvo, novamente, eventuais distorções na aplicação dos dispositivos – o número de pessoas que passam pelo cárcere.

Portanto, direcionar a crítica aos substitutivos penais em si é como culpar um medicamento por uma intoxicação por overdose medicamentosa. Parece induvidoso que os substitutivos, em si mesmos, constituam iniciativas positivas.[13] A crítica direcionada a eles cai em um completo vazio. Isto não significa que eles devam ficar fora da observação do discurso criminológico crítico. O que é preciso é direcionar melhor a crítica. Cabem, com toda razão, as críticas ao uso dos substitutivos como subterfúgio de ampliação da atuação do sistema punitivo. Isto, e só isso. No mais, os substitutivos são merecedores de amplo estudo, divulgação e emprego, sob a forma de efetiva substituição da prisionização.

Daí que o ganho de importância das opções de substituição da pena de prisão impele a organizar um estudo específico do tema nas obras de caráter geral como a presente.[14]

1 OS SUBSTITUTIVOS PENAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A legislação brasileira prevê várias hipóteses de substitutivos penais, cada qual com características próprias.

Dois deles são regulados pelo Código Penal e pela lei de execução penal: (a) o *Sursis* ou suspensão condicional da pena e (b) o Livramento condicional. Outros dois

são regulados pela Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais): (c) a Transação penal (art. 76); (d) a Suspensão condicional do processo (art. 89).

Cezar Bitencourt,[15] opondo-se ao elenco, defende que o livramento condicional não pode ser considerado substituto penal, mas sim etapa da própria pena privativa de liberdade em sistema progressivo. Em verdade, as posições não são irreconciliáveis, posto que, em sendo uma etapa de execução da pena privativa de liberdade completamente desinstitucionalizada, o livramento condicional efetivamente substitui efetivamente a supressão da liberdade.

2 *SURSIS* OU SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

O *sursis* ou suspensão condicional da pena é um direito do condenado a ter suspensa a execução da pena, desde que preencha os requisitos do art. 77 do Código Penal permanecendo em liberdade, sob condições, ao invés de cumprir pena, exceto nos casos de condenação por tráfico de drogas e crimes assemelhados (vedação imposta pela Lei nº 11.343/06).

Cláudio Brandão noticia que "a origem do *Sursis* é a Lei penal belga de 1888, que estabeleceu a condenação condicional (*sursis à l'execution de la peine*)", que mais tarde difundiu-se entre a legislação europeia em geral. Ressalta, porém, Alexis Couto de Brito,[16] que a origem do instituto é francesa, mais precisamente de um projeto de lei do senador francês Bérenger que, antes de ser aprovado e aplicado na França, em 1891, inspirou o ministro belga Jules Le June, que levou a cabo antes a aprovação de lei similar, em 31 de maio de 1888.

Cezar Bitencourt,[17] por sua vez, afirma, seguindo a Padovani, que "a verdadeira origem da suspensão condicional se deu em Massachusetts, Estados Unidos (no ano de 1846), com a criação da Escola Industrial de Reformas". O instituto era então destinado aos delinquentes menores e primários, que eram enviados à escola, ao invés de sofrer pena.

René Dotti[18] ilustra a questão citando João Luiz Alves, Ministro da Justiça na exposição de motivos da legislação penal que introduziu o *sursis* no Brasil, o qual menciona que são várias as fontes inspiradora do instituto: o *sursis* francês, a

probation inglesa e norte-americana, a *condamnation conditionelle* belga, a *condanna condizionale* italiana, entre outras similares. Acrescenta, porém, o jurista araucariano que o sistema adotado era especificamente o francês.

É uma medida de política criminal que visa evitar a pena de curta duração e, com isso, os malefícios do processo de dessocialização. Portanto, a aplicação do *Sursis* se restringe às penas de prisão, não sendo aplicável às penas restritivas de direitos e nem às penas de multa (art. 80 do Código Penal).

2.1 Espécies de *sursis* e requisitos para sua concessão

Existem quatro espécies diferentes de *Sursis*: o comum, o especial, o etário e o humanitário, cada qual com requisitos próprios para a concessão e condições de execução específicas, cujo descumprimento pode gerar a sua revogação.[19]

2.1.1 O sursis *comum. Conceito e requisitos*

O *Sursis* comum consiste na suspensão condicional de penas privativas de liberdade de até dois anos, pelo período de dois a quatro anos, mediante o cumprimento de várias condições estabelecidas pelo juiz, entre as quais se inclui, obrigatoriamente, o cumprimento de uma pena *restritiva de direitos* de prestação de serviços à comunidade ou submete-se à limitação do final de semana (art. 78, § 1º, do Código Penal).

São requisitos objetivos do *Sursis* comum: (a) a pena privativa de liberdade a ser suspensa não pode ser maior que dois anos; (b) não pode ser cabível substituição por pena restritiva de direitos.

São requisitos subjetivos do *Sursis* comum: (a) o condenado não pode ser reincidente em crime doloso, salvo condenação a pena de multa, que não se considera a efeitos de reincidência; b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime o justifiquem.

Essa última questão refere-se a uma prognose sobre o potencial delitivo do sujeito que, na opinião de Juarez Cirino dos Santos,[20] deve sofrer o influxo do princípio *in dúbio pro reo*, de modo que em havendo dúvidas sobre a justificação ou

não da suspensão da pena, esta deve ser promovida, isso com vistas a minimizar ao máximo os efeitos perniciosos da execução da pena privativa de liberdade.

2.1.2 O sursis *especial. Conceito e requisitos*

O *Sursis* especial é também cabível para a suspensão condicional de penas privativas de liberdade de até dois anos, pelo período de dois a quatro anos, em casos onde o sujeito reúne requisitos especiais que permitem ser ele submetido apenas a condições legais específicas, dispensada a cumulatividade com a restrição de direitos (art. 78, § 1º, do Código Penal).

São requisitos objetivos do *Sursis* especial: (a) a pena privativa de liberdade a ser suspensa não pode ser maior que dois anos; (b) não pode ser cabível substituição por pena restritiva de direitos; (c) deve ter o condenado reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.

São requisitos subjetivos do *Sursis* especial: (a) o condenado não pode ser reincidente em crime doloso, salvo condenação a pena de multa, que não se considera a efeitos de reincidência; (b) todas as circunstâncias judiciais do art. 59 sejam inteiramente favoráveis ao condenado.

A respeito desta última condição, Juarez Cirino dos Santos comenta que o requisito é de cumprimento das condições inteiramente favoráveis previstas no art. 77, inciso II, do Código Penal.[21] Porém, não é isso o que prevê expressamente o dispositivo a respeito do tema, art. 78, § 2º, do Código Penal, que exige a análise favorável de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.[22] Este último inclui duas circunstâncias a mais do que o art. 77, inciso II do Código Penal, quais sejam, as consequências do crime praticado e a participação da vítima no evento.

2.1.3 Os sursis *etário e humanitário. Conceitos e requisitos*

A Lei nº 9.714/98 inseriu o § 2º ao art. 77 do Código Penal, estabelecendo duas novas modalidades de *Sursis*, específicos para condenados a pena que não suplante quatro anos, suspendendo-se o seu cumprimento por de quatro a seis anos.

O *Sursis* etário é aplicável exclusivamente ao condenado maior de 70 anos de idade.

Juarez Cirino dos Santos[23] defende que, “na forma do art. 1º da Lei 10.741/03, (Estatuto do Idoso), o limite etário de 70 (setenta) anos deve ser reduzido para 60 (sessenta) anos”. Oferece como fundamento ter a referida legislação fixado esse marco etário para definir o ser humano como *idoso.* Defende, a partir daí, alterações inclusive da circunstância agravante do art. 61, *h*, do Código Penal, na hipótese de ser o idoso vítima de crime e, por extensão, a *circunstância atenuante* do art. 65, I, Código Penal, na hipótese de ser o idoso autor de crime. Afirma que “a analogia *in bonam partem* é autorizada pelo *princípio da legalidade* penal e, portanto, constitui direito do réu”.[24]

Discordo. Em primeiro lugar, não se trata, em todos os casos citados, de analogia *in bonam partem*, porque, no caso da agravante genérica, representa uma ampliação e não uma diminuição do espectro de aplicação de acréscimo de pena, pois haverão mais vítimas incluídas na condição de idoso.

Em segundo lugar, a analogia sequer é aplicável para a atenuante ou para o *sursis* etário, porque os fundamentos da lei citada e as razões materiais dos dispositivos penais são completamente distintos.

O próprio Código Penal, ao incluir no mesmo dispositivo as razões de idade e de saúde, deixa claro que a questão aqui é de incapacidade física.

O reconhecimento de que a partir dos 70 anos existe uma fragilidade física que determina redução de possibilidade de defesa (no caso da agravante) ou de capacidade de suportar os rigores do cárcere (no caso da atenuante e do *Sursis* etário) tende, diante dos avanços da medicina, na verdade, a ser minimizado, elevando a expectativa de vida e de vida com saúde, resultado que já se evidencia, inclusive, na sociedade brasileira.

Os fundamentos do estatuto do idoso não se referem a uma questão física e sim a uma questão sociológica, fundando-se na doutrina da proteção integral, e buscando estabelecer instrumentos para a integração da pessoa idosa na vida social, mediante a imposição da realização de políticas públicas para a sua proteção e a regulamentação

da atividade privada, estabelecendo posições de vantagem para o idoso nas relações de consumo e de convívio social.

Assim, é descabida a pretendida analogia.

O *Sursis* humanitário que promove a suspensão da execução da pena "justificada por razões de saúde". Na *praxis* forense, é bastante comum que réus infectados com o vírus HIV recebam tal suspensão, dadas, por um lado, as dificuldades de tratamento no cárcere e, por outro, os riscos de disseminação do vírus.

Juarez Cirino dos Santos[25] propõe uma distensão dessa aplicação, baseado no conceito de saúde, definido como "completo estado de bem-estar físico, psíquico e social", propondo que seja aplicada a hipótese em quaisquer situações de menoscabo à integridade do bem-estar físico, bem assim a hipóteses de disfunções orgânicas do aparato psíquico e até mesmo problemas de bem-estar social, relacionado a condições sociais adversas do condenado. Esse esforço hermenêutico, conquanto louvável, não pode ser completamente acolhido, especialmente no que tange à pretensão de distensão para os casos em que o que se apresente seja um problema relacionado ao *bem-estar social* do condenado. É que o fundamento material da existência do dispositivo está associado à incapacidade do condenado em suportar os rigores do cárcere, por más condições de saúde. Isso é o que deve ser observado caso a caso. Claro que o conceito de saúde, nesses casos, pode e deve ser distendido, inclusive para abarcar a saúde mental. Entretanto, a solução deve ser tópica, sempre tendo por objeto a questão material de fundo que inspira o dispositivo legal.

São requisitos objetivos do *Sursis* etário: (a) a pena não pode suplantar quatro anos; (b) o condenado seja maior de 70 anos de idade, na data da fixação da pena; (c) não pode ser cabível substituição por pena restritiva de direitos;

São requisitos subjetivos do *Sursis* etário: (a) o condenado não pode ser reincidente em crime doloso, salvo condenação a pena de multa, que não se considera a efeitos de reincidência; (b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime o justifiquem.

São requisitos objetivos do *Sursis* humanitário: (a) não pode ser cabível substituição por pena restritiva de direitos;

São requisitos subjetivos do *Sursis* humanitário: (a) o condenado não pode ser reincidente em crime doloso, salvo condenação a pena de multa, que não se considera a efeitos de reincidência; (b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime o justifiquem.

A par disso, cumpre lembrar que o *Sursis* humanitário ou etário será sempre *comum* ou *especial*, no que tange aos requisitos.[26]

2.2 As condições do período de provas do *sursis*

Como visto, a aplicação do *Sursis* suspende a aplicação da pena, mediante o cumprimento de condições.

Essas condições, em parte, são determinadas pela lei, em parte, são determinadas pelo juiz e dependem essencialmente, da natureza do *Sursis* que foi concedido na hipótese concreta.

A fiscalização a respeito do cumprimento dessas condições é atribuição, em geral, do Serviço Social Penitenciário, dos Patronatos ou de Conselhos da Comunidade, e ainda, nos casos de prestação de serviços à comunidade, haverá a participação nesse controle de parte da entidade destinatária dos serviços. Tudo sob o controle judicial do correspondente Juízo das Execuções.

2.2.1 Condições legais de execução do sursis

Para o *Sursis* comum, existe uma condição legal obrigatória imposta, que é o cumprimento, durante o primeiro ano de suspensão da execução, de prestação de serviços à comunidade ou de limitação do final de semana. A previsão consta do art. 78, § 1º, do Código Penal.

Também existem condições legais específicas a que fica submetido o condenado que recebe o *Sursis* especial. Estas são especificadas no art. 78, § 2º, do Código Penal, e consistem em: (a) proibição de frequentar determinados lugares; (b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; (c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

O *Sursis* etário ou humanitário também será, necessariamente, comum ou especial. Isso quer dizer que as condições a que se submeterão os beneficiários dessas espécies de substitutivos serão as mesmas indicadas para o *Sursis* comum ou especial, conforme eles preencham, também, os requisitos que distinguem um de outro.

2.2.2 Condições judiciais de execução do sursis

Além das condições impostas pela lei, o juiz, considerando as finalidades político--criminais do substitutivo aplicado pode, segundo seu prudente arbítrio, impor outras condições que lhe pareçam adequadas à situação do fato e às condições pessoais do condenado, conforme previsão do art. 79 do Código Penal.

2.3 Formalidades na concessão do *sursis*

Uma vez fixado o *Sursis* em sentença condenatória, será determinada a realização de uma audiência admonitória, na qual o condenado será comunicado sobre as condições a que fica submetido, e sobre as consequências do eventual descumprimento da execução do substitutivo.

Obviamente, a eficácia do substitutivo depende da anuência do condenado, razão pela qual se justifica o ato formal de comunicação. Assim, caso devidamente notificado para o ato, o condenado não compareça nem justifique a ausência, a suspensão de sua pena se levantará e ele será compelido a cumprir a privação de liberdade anteriormente imposta, conforme prescreve o art. 161 da Lei de Execuções Penais.

2.4 Modificação das condições de execução

As condições impostas para o período de provas, contudo, não são fixas. Isso quer dizer que o juiz da execução, de ofício, ou provocado por requerimento do condenado ou do Ministério Público ou proposta do Conselho Penitenciário, poderá modificar as condições, mediante prévia audiência do condenado (art. 158, § 2º, da Lei de Execuções Penais).

2.5 Revogação do *sursis*

O descumprimento das condições impostas pelo período estabelecido pode conduzir à revogação do *Sursis*. Como bem observa Renato Marcão, “na prática, o problema mais grave que envolve o *sursis* refere-se à fiscalização do cumprimento das condições a ele impostas”.[27]

Importa diferenciar, antes, duas figuras que, na *praxis* forense, vêm sendo frequentemente confundidas: o *sursis* ineficaz e o *sursis* revogado.[28]

Em obediência ao art. 161 da Lei nº 7.210/84, o réu que, intimado pessoalmente ou por edital com prazo de 20 dias, não comparece à audiência onde será advertido das condições impostas para o *sursis*, injustificadamente, torna sem efeito a suspensão concedida, demandando imediato cumprimento da pena antes suspensa. Essa é a hipótese de *sursis* ineficaz e não de revogação do *sursis*.

A questão importa para a contagem do prazo prescricional, pois se houver revogação do *sursis*, a contagem do prazo inicia-se na data da revogação, enquanto que se considerado o *sursis* ineficaz, permanece a contagem a partir do trânsito em julgado da condenação.[29] Ademais, embora a lei, a respeito, seja omissa, parece adequado entender que seja possível ao juiz reestabelecer o *sursis* ineficaz.[30]

Ainda quanto ao descumprimento, é necessário, além disso, identificar duas classes de incidentes. Uma primeira, em que a revogação do *sursis* é medida obrigatória (art. 81, *caput*, do Código Penal), e outra em que a revogação do *sursis* é medida facultativa (art. 81, § 1º, do Código Penal).

2.5.1 Hipóteses de revogação obrigatória

O *Sursis* será obrigatoriamente revogado nas hipóteses previstas pelo art. 81, *caput*, do Código Penal, ou seja: (a) se o réu é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso; (b) se o réu frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano; (c) se descumpre a condição de cumprimento, no primeiro ano de *sursis* comum de prestação de serviços à comunidade ou restrição de final de semana (§ 1º do art. 78 do Código Penal).

Entretanto, essas hipóteses têm sido interpretadas restritivamente pela doutrina.

Assim, a condenação por crime doloso somente levará obrigatoriamente à revogação do *Sursis* caso a condenação não tenha sido exclusivamente à pena de multa. Isso porque, se uma pena dessa natureza não pode impedir a concessão do benefício, tampouco poderá revogá-lo.

2.5.2 Hipóteses de revogação facultativa

O *Sursis* também poderá ser revogado: (a) se descumpridas quaisquer das outras condições nele estabelecidas, diversas da condição legal do *Sursis* comum, ou (b) caso seja o réu condenado, por sentença irrecorrível, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, por crime imprudente ou contravenção.

Note-se que aqui não é só o elemento subjetivo do ilícito que determina a hipótese de revogação, mas também a natureza da pena imposta. Do mesmo modo que na revogação obrigatória, a pena de multa não pode gerar qualquer efeito.

Nas hipóteses de revogação facultativa, não está o juiz compelido a afastar o *Sursis*, mas possui a opção de fazê-lo, sempre após ouvir as justificativas do condenado.

2.6 A prorrogação do *sursis*

Há ainda hipóteses cogentes ou facultativas de prorrogação dos prazos estabelecidos para o cumprimento das condições impostas no *Sursis.*

O prazo de execução das condições de suspensão *deverá* ser distendido e, portanto, haverá prorrogação *obrigatória*, em função da existência de outro processo em andamento contra o condenado (art. 81, § 2º, do Código Penal).

Essa prorrogação automática das condições terá por termo o trânsito em julgado da decisão daqueles autos.

Isso deriva de que a revogação do *Sursis* poderá ocorrer dependendo do resultado do processo pelo qual responde o condenado.

Pode ainda, exclusivamente nas hipóteses em que caberia *revogação facultativa*, o juiz optar pela *prorrogação facultativa.* Assim, ao invés de decretar a revogação, poderá prorrogar o período de prova até o máximo, caso não tenha sido

esse o prazo estabelecido inicialmente (art. 81, § 3º, do Código Penal).

2.7 A extinção da pena pelo cumprimento do *sursis*

Cumpridas as condições e transcorrido o período de prova sem qualquer violação, ou ainda, justificadas as violações ou superado o período de prorrogação sem revogação, será extinto o processo, e com ele, a pena que estava suspensa (art. 82 do Código Penal).

3 LIVRAMENTO CONDICIONAL

O livramento condicional é a última fase da execução da pena privativa de liberdade[31] igual ou superior a dois anos, cuja característica principal é a desinstitucionalização, ou seja, a passagem da execução da pena para fora do cárcere.

A ideia, em obediência à pretensão geral de reinserção social do regime progressivo, é justamente trazer o condenado de volta ao convívio da sociedade, reduzindo o efeito dessocializador da prisão.

Trata-se de verdadeira execução da pena em liberdade antecipada concedida ao preso que atenda aos requisitos exigidos pela lei e sob determinadas condições.

O livramento, porém, é condicional e, portanto, provisório, posto que, se não cumpridas as condições impostas, ocorre a sua revogação.

O livramento condicional é um direito à recompensa da liberdade antecipada. Não se trata, pois, de um mero incidente de execução, sendo acertado afirmar que a concessão da liberdade condicional representa uma verdadeira modificação substancial da pena imposta.

No Brasil, a maior parte da doutrina[32] entende que a natureza jurídica do livramento condicional é de um direito subjetivo do condenado, uma vez satisfeitos seus requisitos de concessão.

3.1 Espécies de livramento condicional

Há diferentes espécies de livramento condicional previstas na legislação brasileira: o *comum*, ou *ordinário*, cuja concessão se dá após a execução de metade

da pena privativa de liberdade; o *especial*, que pode ser concedido após a execução de um terço da pena; e o *extraordinário*, que somente pode ser concedido após a execução de dois terços da pena.[33]

É necessário ter em consideração que a pena a ser considerada, nesse caso, é a pena devidamente unificada perante o juízo da condenação, conforme exige o art. 84 do Código Penal.

Outrossim, tratando-se de direito subjetivo do condenado, presentes os requisitos, o juiz da execução vê-se compelido a apreciá-lo, denegando ou concedendo, sempre fundamentadamente.

A concessão de livramento condicional é subordinada, porém, a requisitos gerais, aplicados indistintamente às diferentes espécies de livramento condicional, e específicos, dirigidos a espécies de livramento em particular.

3.1.1 Requisitos gerais

Os requisitos gerais são objetivos e subjetivos.

São requisitos gerais objetivos: (a) a aplicação de pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos (art. 83 do Código Penal); e (b) a reparação do dano produzido pelo crime, salvo impossibilidade de fazê-lo (art. 83, IV, do Código Penal).

Os requisitos gerais subjetivos foram alterados pelo advento da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 e passaram a ser: (a) bom comportamento durante a execução da pena (inciso III, alínea *a* do art. 83 do CP); (b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses (inciso III, alínea *b* do art. 83 do CP); (c) bom desempenho no trabalho prisional atribuído (inciso III, alínea *c* do art. 83 do CP); (d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto (inciso III, alínea *d* do art. 83 do CP); e (e) em caso de crime praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa, comprovação de prognose de não reincidência (parágrafo único do art. 83 do CP).

A interpretação sobre o bom comportamento carcerário deve levar em conta as agruras da vida na prisão, exigindo tão somente um *comportamento satisfatório*, e

não exemplar,[34] pois do contrário, o requisito se tornaria algo completamente inalcançável. Assim, eventuais faltas disciplinares que não sejam graves não podem, por si só, excluir o benefício. Aliás, o próprio texto da nova Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 deixa isso bastante claro, pois especifica a falta grave cometida nos últimos 12 (doze) meses como um fator impeditivo do livramento condicional, o que faz supor, *contrario sensu*, que faltas que não são graves a qualquer tempo ou mesmo as graves que datam de mais de 12 meses não podem ser, por si sós, impedimentos para a progressão.

A inserção do requisito do não cometimento de falta não faz mais do que uniformizar o tratamento dado ao livramento condicional em face da progressão de regime, substituição da pena e saída temporária, todos exigentes do mesmo requisito negativo vinculado ao art. 50 da Lei 7.210/84[35].

O requisito subjetivo de bom desempenho no trabalho carcerário fica condicionado à avaliação das entidades de controle penitenciário, o que, na visão de alguns, denota ser fonte de arbítrio,[36] competindo, certamente, uma valoração judicial da conclusão das entidades carcerárias que não deve vincular-se obrigatoriamente àquela para decidir em favor da progressão. É de lembrar que a elaboração do relatório é mero auxiliar da conclusão judicial.

A capacidade laborativa há de estar apenas potencialmente demonstrada. Conforme bem anota Cezar Bitencourt, “a lei não determina que o apenado deve ter emprego assegurado no momento da liberação. O que a lei exige é a aptidão, isto é, a disposição, a habilidade, a inclinação do condenado a viver às custas de seu próprio e honesto esforço”.[37]

A prognose de não reincidência, por sua vez, é uma análise judicial, não condicionada a qualquer classe de exame ou perícia. A doutrina[38] recomenda a concessão do benefício sempre que possível, por razões preventivo-especiais, vinculadas ao processo de dessocialização.

Existe claramente uma imensa dificuldade na identificação da prognose de delinquência, já que é completamente impossível a obtenção de resultados confiáveis nessa matéria.[39]

Há quem proponha, em função disso, a plena aplicação na hipótese o princípio do *in dubio pro reo*, já que "a certeza dos efeitos danosos da prisão prevalece sobre inevitáveis dúvidas em relação ao comportamento futuro do beneficiário".[40]

De modo contrário, Jescheck e Weigand[41] entendem que a aplicação do *in dubio pro reo* não resolve esse problema, já que não existe nenhum caso em que a dúvida não apareça e, no entanto, ela sempre representa um problema real. Eles entendem que ainda sobre essa base insegura há de persistir um critério normativo associado ao risco de reincidência que a comunidade jurídica está disposta a aceitar.[42] Assim, a solução será sempre tópica, seguindo uma orientação político-criminal determinada.

3.1.2 Requisitos específicos

Os requisitos específicos dizem respeito às distintas modalidades de livramento condicional.

O livramento condicional *especial* tem por requisitos, além dos requisitos gerais: (a) a execução de mais de um terço da pena privativa de liberdade aplicada; (b) a primariedade em crime doloso; (c) bons antecedentes.

É importante notar que o posicionamento hoje prevalente na doutrina[43] e na jurisprudência[44] a respeito dos *bons antecedentes* se traduz na inexistência de registros criminais a respeito de condenações com trânsito em julgado, por força da aplicação ao conceito do filtro do princípio de presunção de inocência.

O dispositivo legal específico (art. 83 do Código Penal) foi omisso , no entanto, no que se refere ao momento a que se refere o cômputo dos *bons antecedentes*. Claro que eles hão de ser aferidos no momento da concessão ou não do benefício, mas a questão a saber é se a exigência se refere à ausência de condenação com trânsito em julgado contemporânea ao crime, reconhecida na sentença;[45] anterior ou posteriormente ao fato, mas antes do início do cumprimento da pena;[46] ou simplesmente antes do fato a que se refere a execução.[47] Parece correta esta última posição, uma vez que, reconhecido o livramento condicional como uma das etapas do cumprimento de pena, esse cumprimento refere-se precisamente a um fato específico pelo qual foi o réu condenado, devendo, portanto, qualquer referência de caráter

material estar referida àquele.

O livramento condicional *comum* ou *ordinário* exige, além dos requisitos gerais: (a) execução de mais da metade da pena privativa de liberdade aplicada; (b) reincidência em crime doloso. Trata-se aqui de uma opção político-criminal do legislador.

O livramento condicional *extraordinário* pode ser concedido quando, além dos requisitos gerais: (a) o condenado cumpriu mais de dois terços da pena privativa de liberdade aplicada; (b) foi condenado por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza; e (c) não ter havido reincidência específica em crimes hediondos ou equiparados a hediondos.

3.2 Condições de execução

A obtenção do livramento sujeita o sentenciado a se submeter a determinadas condições a serem especificadas na sentença que concede o benefício (art. 85 do Código Penal), sendo algumas obrigatórias, descritas pelo art. 132, § 1º, da Lei de Execuções Penais, e outras facultativas, previstas no art. 132, § 2º, da Lei de Execuções Penais.

As condições obrigatórias são: (a) a obtenção, em prazo razoável, de ocupação lícita; (b) a comunicação do Juízo da execução, periodicamente, a respeito da manutenção ou alteração da ocupação; e (c) não mudar do âmbito da comarca sem prévia autorização judicial.

As condições facultativas, cuja aplicação fica ao prudente arbítrio do juiz, são as seguintes: (a) não mudar de endereço residencial sem comunicação ao Juízo da execução; (b) recolhimento à habitação em horário prefixado; (c) não frequentar determinados lugares assinalados na decisão concessiva do benefício.

O período em que estiver livre, no gozo do benefício e sob certas condições, chama-se “período de prova”.

As condições podem ser modificadas, a qualquer momento, de ofício, pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público ou por representação do Conselho

Penitenciário (art. 144, da Lei de Execuções Penais), ouvido o liberado.

3.3 Formalidades de concessão

Concedido o benefício, será expedida a carta de livramento, com cópia integral da sentença, em duas vias, as quais serão remetidas, respectivamente, à autoridade administrativa incumbida da execução e ao Conselho Penitenciário.

Haverá uma cerimônia de livramento (art. 137 da Lei de Execuções Penais), que serve como estímulo e exemplo aos demais sentenciados. Alteradas as condições, nova cerimônia deverá ser realizada, quando novamente o condenado deverá dizer se as aceita (última parte do art. 144 da Lei de Execuções Penais).

Na oportunidade, será entregue ao liberado uma caderneta (na forma do art. 138 da Lei de Execuções Penais) e o saldo do pecúlio a que fizer jus o beneficiário. Na falta da caderneta, que contém cópia integral da sentença de livramento, com todas as suas condições, identificação do liberado, será fornecido ao sentenciado um salvo-conduto, com os mesmos elementos do art. 138 da Lei de Execuções Penais.

3.4 Revogação

A liberdade concedida ao sentenciado pode ser revogada, desde que ele não cumpra as condições especificadas na sentença ou, ainda, incida nas demais hipóteses de revogação, obrigatória ou facultativa, impostas pela lei.

A revogação poderá ser requerida pelo Ministério Público ou pelo Conselho Penitenciário, através de representação, ou ainda, ser decretada, de ofício, pelo juiz, sempre ouvido o liberado (art. 143 da Lei de Execuções Penais).

A lei define causas de revogação *obrigatória* do livramento condicional (art. 86 do Código Penal) e causas de revogação *facultativa* do livramento condicional (art. 87 do Código Penal).

O juiz da execução se vê compelido a revogar o livramento condicional (*revogação obrigatória*) quando sobrevém condenação a privação de liberdade por crime cometido durante o livramento condicional, ou por crime anterior, desde que unificada a pena, não se admita mais o livramento.

O Juiz da execução poderá revogar o livramento condicional (*revogação facultativa*) quando: (a) o condenado deixar de cumprir qualquer das condições a que foi submetido quando do livramento; ou (b) o condenado for novamente condenado irrecorrivelmente, por crime ou contravenção, a pena não privativa de liberdade.[48]

O art. 145 da Lei de Execuções Penais faculta ao juiz tão logo tenha ciência de que foi praticada pelo condenado, no curso do livramento condicional, outra infração penal, a suspensão imediata do livramento, determinando a prisão do liberado, ouvido o Conselho Penitenciário e o Ministério Público.

Diante da gravidade do crime, pode ficar evidenciado que o processo de reinserção social do condenado ficou prejudicado, tornando-se recomendável o seu recolhimento até a decisão definitiva da ação.

Embora sem previsão expressa, na hipótese de revogação por descumprimento das obrigações, em obediência ao contraditório e à ampla defesa, parece conveniente a prévia oitiva do liberado, aplicando-se, analogicamente, o art. 118, § 2º, da Lei de Execuções Penais.

Se, ao cabo da diligência, não for revogado o livramento condicional, o juiz deverá advertir o liberado ou agravar as condições, conforme as circunstâncias, nos termos do parágrafo único do art. 140 da Lei de Execuções Penais.

Nas hipóteses de revogação facultativa, uma vez que nova condenação pode levar à revogação do livramento, havendo nos autos notícia sobre o andamento de um processo criminal contra o condenado, por crime praticado durante a vigência do livramento, deve-se efetuar a *prorrogação* do período de prova (art. 89 do Código Penal), até o trânsito em julgado do crime. É, porém, necessário que haja um novo *processo*, ou seja, um caso em que se tenha recebido a denúncia, não bastando um inquérito policial.[49]

3.4.1 Efeitos da revogação

Se a revogação decorrer de condenação irrecorrível, por *crime praticado em data anterior à vigência do benefício*, o período de prova é contado como pena cumprida e, em relação à mesma pena, é admitida nova concessão de livramento

condicional (art. 141 da Lei de Execuções Penais).

Assim, se durante o período de prova do livramento sobrevier condenação por crime anterior, o tempo do benefício já gozado será contado como pena cumprida e o faltante poderá ser somado à nova pena para o cômputo de eventual concessão de novo livramento.

No caso de revogação por condenação irrecorrível por *crime praticado na vigência do livramento ou outro motivo*, não se computará como tempo de pena cumprido o período de prova e, tampouco, em relação à mesma pena, poderá ser concedido outro livramento (art. 88 do Código Penal e art. 142 da Lei de Execuções Penais).

Como em relação à primeira pena não será admitido novo livramento, o condenado terá de cumprir integralmente os anos restantes. Cumpridos esses anos, passará a descontar a segunda pena, imposta na condenação superveniente, e, em relação a esta *segunda pena*, é admitido novo livramento. Ou seja, a efeitos de livramento condicional, não haverá unificação.

Contudo, é possível que o executado torne-se reincidente com a prática do novo crime e a sua liberação já dependerá do cumprimento de mais da metade da pena, nos termos do art. 83, II, do Código Penal, ou seja, ele passará do livramento condicional *especial* para o *comum* ou *ordinário*.

Nessa hipótese, o período probatório do livramento condicional prorroga-se automaticamente, enquanto não for resolvida a nova ação penal.

O simples indiciamento em inquérito policial não é suficiente para prorrogação do período de prova, na medida em que o dispositivo de lei fala em "*processo a que responde o liberado*", e processo não se confunde com inquérito.

Igualmente não será causa de prorrogação do período de prova o processo pela prática de contravenção penal, já que a lei faz menção expressa a crime.

3.5 Extinção da pena pelo cumprimento do livramento condicional

Vencido o período de prova sem causas de prorrogação ou revogação, o juiz *declarará* extinta a pena privativa da liberdade (arts. 89 e 90, Código Penal).

Trata-se de sentença declaratória e, portanto, seu efeito retroage à data do término do período de prova e não à data da decisão.

É relevante a problemática: suponha que o agente foi indiciado em inquérito e, um dia após o término do período de prova, foi recebida a denúncia. Como a sentença é declaratória, o recebimento da denúncia, e consequente início do processo, não surtirá efeito em relação à prorrogação ou revogação do benefício.

Isso ocorrerá mesmo que a sentença declaratória ainda não tenha sido publicada, à vista que o conteúdo da sentença é de declarar um direito preexistente. E mesmo que ela seja atacada por recurso, à vista de que o agravo não tem efeito suspensivo.

O juiz pode, porém, tendo conhecimento de ocorrência de um inquérito (prática de novo crime, à vista do art. 145 da Lei de Execuções Penais), determinar a suspensão do livramento, determinando, inclusive, a prisão do apenado.

4 SUBSTITUTIVOS PENAIS DERIVADOS DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Com o advento da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito das Justiças Estaduais, complementada posteriormente pela Lei nº 10.259/01, que o estendeu para a Justiça Federal, novos institutos descarcerizantes foram implantados: uma causa de extinção da punibilidade e dois substitutivos penais.[50]

A causa de extinção da punibilidade foi a conciliação judicial entre autor do fato e vítima, prevista para hipóteses de crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação.

Nesses casos, uma composição civil de cunho indenizatório dá causa a extinção do processo criminal.

Havendo composição dos danos civis, tratando-se de ação privada ou de pública condicionada, o acordo homologado acarreta a renúncia a direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95).

A sentença homologatória dos danos, que é irrecorrível, constitui título judicial, executável no juízo cível competente (art. 74 da Lei nº 9.099/95).

Trata-se da adoção do sistema de "cumulação das jurisdições", tendo como molde o sistema jurisdicional estadunidense.

Os substitutivos penais, por sua vez, são a transação penal entre o Ministério Público e o autor, nas hipóteses de crimes de menor potencial ofensivo de ação penal pública e a suspensão condicional do processo, para os chamados crimes de médio potencial ofensivo.

4.1 Transação penal

A transação penal é um instituto inovador, na medida em que inaugura, no Brasil, uma nova instância: a possibilidade de que o Ministério Público abra mão da persecução penal em casos menos graves. Não se trata ainda de um princípio de disponibilidade ampla da ação penal, mas do indício de uma tendência que, em certa medida, permeia o processo penal moderno, consistente na redução do espaço persecutório e sua concentração em causas que efetivamente constituem o que se qualifica de controle social do intolerável.

4.1.1 Conceito e características

A transação penal é o ato pelo qual o Ministério Público, nos casos de prática de crime de menor potencial ofensivo, de ação penal pública, propõe a substituição do processo por aplicação de uma restrição de direitos ou multa.

A transação guarda certa similitude com outros institutos jurídico-penais existentes no direito comparado, como o *plea bargaining* norte-americano, o *Absprache* alemão, o patteggiamento italiano ou a *conformidad* espanhola.[51]

A transação é, antes de tudo, uma *proposta* do Ministério Público. Não constitui um direito subjetivo do réu nem admite uma formulação *ex officio* do judiciário.[52] É um instrumento político-criminal regido pelo princípio da oportunidade, mitigando o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, que confere a seu titular, o Ministério Público, a faculdade de dispor da ação penal, sob certas condições.[53] Ela só gera efeitos, porém, se aceita pelo autor do fato *e* por seu defensor.

O autor do fato pode ter interesse pessoal na obtenção da prestação

jurisdicional, por exemplo, para demonstrar ter sido vítima de denunciação caluniosa. Pode ainda entender que os termos da proposta feita pelo Ministério Público são mais gravosos que o risco do enfrentamento do processo. Finalmente, pode ser que a transação seja rejeitada pelo defensor, que obrigatoriamente deve estar presente.

Contudo, não há nenhuma referência na lei sobre o que acontecerá quando houver divergência na aceitação da transação entre o acusado e o seu defensor. Surgiram dois posicionamentos: por um lado, preconizou-se a aplicação, por analogia, da previsão a respeito da suspensão condicional do processo (art. 89, § 7º, da Lei nº 9.099/95), dando prevalência à vontade do acusado,[54] porque se trataria de um ato personalíssimo, já que é o réu quem sofre as consequências da assunção da proposta;[55] em sentido contrário, se sustenta que caso exista impugnação de qualquer dos dois à proposta, esta não poderá ser submetida à apreciação do juiz, devendo seguir o processo, por aplicação do princípio da ampla defesa, que inclui a defesa técnica. A primeira opção parece mais correta, especialmente porque remanesce ao réu a faculdade de substituir o seu patrono, se crê que a sua atuação processual é insatisfatória.

Questão controversa é a natureza jurídica desse instituto. A lei fala expressamente em “pena antecipada”, conceito inaceitável dado que não é possível a aplicação de pena sem afirmação da culpa, coisa que não acontece nas hipóteses de transação, porquanto não existe processo e não é possível a afirmação da culpa sem o devido processo legal.

A opção mais lógica é considerá-la um substitutivo penal de ordem similar à multa segundo a configuração adquirida a partir da Lei nº 9.268/96.

4.1.2 Requisitos da transação penal

Para que se possa ofertar a transação penal, em casos em que o Ministério Público entenda cabível, por não ser caso de arquivamento do termo circunstanciado, existem vários requisitos, positivos e negativos. Com isso se quer dizer que há requisitos que devem ser cumpridos e, portanto, devem estar presentes no caso concreto para que se possa aplicar a transação, bem assim, há outra série de

requisitos negativos, no sentido de que não podem estar presentes, sob pena de obstarem a aplicação da transação no caso concreto.

Assim, são *requisitos positivos* da transação penal: (a) pena máxima privativa de liberdade prevista para o fato delituoso praticado de até 2 anos;[56] e (b) que o crime seja de ação penal pública (condicionada ou incondicionada).

Para o oferecimento de transação em crimes de ação penal pública condicionada deve estar presente a representação da vítima.

Noticia-se a existência de precedentes jurisprudenciais de admissibilidade de transação em ação penal privada.[57] Trata-se de algo completamente inviável: a uma porque a transação é instrumento político-criminal entregue à discricionariedade regrada do Ministério Público; a duas, porque em sendo o Promotor de Justiça quem propõe a transação, ao fazê-lo, dispõe, completa e irrevogavelmente, da ação penal. Ocorre que a ação penal privada não se encontra sob disponibilidade do Ministério Público para que ele assim proceda, inclusive, porque seu papel na ação penal privada é meramente de *custos legis*. Portanto, o particular não pode oferecer a transação porque dela não dispõe, ela é um instrumento fora do seu alcance, e o Promotor de Justiça não pode dispor da ação penal privada para poder cumprir com sua parte na transação, posto que o direito a esse respeito pertence exclusivamente à vítima.

Em complementação, são *requisitos negativos*, e como tal, impeditivos da transação penal: (a) condenação definitiva a pena privativa de liberdade por crime; (b) obtenção de transação penal nos últimos cinco anos; (c) os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor, além dos motivos e circunstâncias do fato, contraindicarem a necessidade e suficiência da medida; d) rejeição da proposta pelo autor do fato ou seu defensor.

A sentença condenatória impeditiva tem que estar transitada em julgado e deve referir--se a crime, não sendo impeditiva a condenação por contravenções. A pena aplicada em tal sentença condenatória tem que ser privativa de liberdade. Condenação por pena de multa ou restritiva de direitos não obsta a proposta de transação.

Juarez Cirino dos Santos[58] propõe que a interpretação a ser dada a esse requisito negativo é de que ele expire no prazo de cinco anos da data da extinção da pena na qual houve a condenação, nos mesmos termos da reincidência.

A postura é equivocada. A lei prescreve os requisitos do substitutivo estabelecendo seus próprios critérios político-criminais, referindo-se a *condenação anterior* e não a *reincidência.* Basta uma perfunctória análise dos substitutivos penais para perceber que todas as vezes que o legislador quis referir-se a *reincidência* foi esse o termo por ele utilizado. Não foi isso que foi previsto aqui. Nem poderia ser. Sequer uma análise lógica ou teleológica poderia levar à conclusão pretendida pelo autor. Isso porque a transação penal é o substitutivo mais relevante entre todos os existentes, já que é urgente, pois precede o próprio início da ação penal, anula todos os vestígios e registros referentes ao fato delituoso e ainda é passível de cumulação com a existência de outros processos em curso e mesmo com o recebimento de outros benefícios. Desse modo, nada mais natural do que exigir requisitos mais limitadores do que os que servem aos demais institutos despenalizantes.

O interregno de cinco anos entre uma transação e outra não é impeditivo para o recebimento, no procedimento em que não cabe transação, de outro substitutivo, como, por exemplo, a suspensão condicional do processo.

A interpretação a respeito dos requisitos relativos às circunstâncias relativas ao fato e as peculiaridades do autor devem ser consideradas em caráter restritivo, ou seja, somente podem ser impeditivas da proposta de transação, caso reveladoras de uma contraindicação concreta. Um grupo de circunstâncias neutras conduz à permissividade da transação. Cabe interpretar aqui, como alhures, os antecedentes como condenações com trânsito em julgado prévias ao fato.

4.1.3 Consequências jurídicas da transação e do seu descumprimento

O tema das consequências jurídicas da transação e de seu descumprimento está relacionado com a natureza jurídica que se empresta ao instituto, sendo foco de grande polêmica.

No direito brasileiro, “sempre que as partes transigem, pondo fim à relação

processual, a decisão judicial que legitima jurisdicionalmente essa convergência de vontade, tem caráter homologatório, jamais condenatório".[59] Sendo assim, a natureza jurídica da decisão é homologatória de um acordo em que partes transigem. Essa transação supõe o abandono, de parte a parte, de suas pretensões no processo. O Ministério Público, por sua parte, abre mão da persecução penal e o autor do fato abre mão da possibilidade processual de ver-se declarado inocente e, ao mesmo tempo, compromete-se a cumprir determinada condição que representa uma multa ou uma restrição de seus direitos.

A decisão, pois é declaratória de um acordo de vontades e constitutiva de obrigações colaterais.[60] Ao Ministério Público impõe o afastamento da pretensão persecutória e ao autor do fato impõe a obrigação de um adimplemento financeiro ou uma obrigação de fazer.

A pretensão de conversão da restrição de direitos imposta em pena privativa de liberdade parte de premissa falsa, induzida pelo vernáculo legislativo. É que, com nem tão rara infelicidade, mais uma vez o legislador utilizou-se de um termo não apropriado para a definição de um instituto jurídico: chamou o conteúdo da proposta lançada pelo Ministério Público de "pena".

Obviamente, aqui não se está cuidando de pena. Num pretenso Estado social e democrático de Direito, é absurdo pretender a aplicação de pena sem a demonstração de culpa, sem processo e sem contraditório. Seria o equivalente a admitir a revelia em Direito penal, pior, admitir que a confissão do réu, sequer expressa, mas implícita, pudesse ancorar condenação. Mais ainda, seria a presunção de culpa, sem sequer a demonstração de responsabilidade, nem mesmo de responsabilidade objetiva, quanto mais subjetiva. Seria a total falência do princípio de culpabilidade e do devido processo legal.

Por outro lado, tampouco são aceitáveis os posicionamentos que defendem uma ideia de retomada do curso do processo, através do oferecimento da denúncia, senão vejamos.

O instituto da transação é revestido claramente de uma bilateralidade, de um caráter de composição, de acordo, de "ato jurídico bilateral, pelo qual as partes,

fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas".

Essa bilateralidade encontra-se expressa na lei, na discricionariedade regrada da proposta do Ministério Público e na faculdade de anuir com a proposta por parte do autor do fato.

Esse caráter de "acordo prévio" para a extinção da *persecutio criminis* deve ter, evidentemente, de parte a parte, um compromisso. O compromisso manifestado pelo autor do fato pode ser de pagamento de uma multa ou de realização de uma obrigação de fazer, que é no que consistem as figuras constantes do rol de restrições de direitos oferecido pelo Código Penal (prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade etc.). O compromisso com o qual se obriga o Ministério Público é justamente o de abrir mão da *persecutio criminis*.

Uma vez formulado esse acordo, ele é submetido à apreciação do juiz que o homologa.

A sentença homologatória produz seus efeitos, fazendo coisa julgada formal e material já que, em espelhando a vontade das partes, não sofrerá ataque pela via recursal. Sendo assim, é impossível retomar, por parte do Ministério Público, a *persecutio criminis*, em caso de descumprimento do homologado.

Outrossim, vale notar que, ao contrário do que mencionam algumas das decisões citadas, a existência de coisa julgada material, na hipótese, não implica no reconhecimento de uma natureza jurídica condenatória na decisão. Muito menos de uma condenação criminal. A sentença homologatória de transação não condena ninguém porque a condenação criminal depende de aspectos materiais e processuais não deduzidos no âmbito da transação.

Aliás, nesse sentido vale destacar o conteúdo do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, da 2ª Turma do STF no HC 79.572, no qual admite que a sentença que aplica pena no caso do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais não é nem condenatória e nem absolutória. É homologatória da transação penal e tem eficácia de título executivo judicial, como ocorre na esfera civil.

Obviamente, a coisa julgada material que se produz é a homologação de duas disposições: a de não perseguir o referido fato em juízo, por parte do Ministério

Público, e a de pagar uma multa ou realizar uma obrigação de fazer, por parte do autor do fato.

Ora, se há coisa julgada material quanto à desistência da *persecutio criminis* pelo fato, qualquer iniciativa de parte do Ministério Público em oferecer denúncia implicaria em inaceitável *bis in idem*. Seria o equivalente a pleitear um arquivamento, recebido e homologado pelo juízo e, em seguida, oferecer denúncia pelo mesmo fato.

Ao autor do fato é perfeitamente possível opor-se ao oferecimento de denúncia com base na coisa julgada material da desistência da *persecutio criminis*, inclusive pela via constitucional do *habeas corpus*.

Do mesmo modo, ao Ministério Público é possível, tão somente, exigir aquilo que restou materialmente composto pela sentença homologatória, ou seja, o pagamento da multa ou a realização da obrigação equivalente à restrição de direitos.

Nesse diapasão, temos que a solução que se apresenta ao Ministério Público é unicamente a de executar os termos homologados pela sentença.

Essa é a solução proposta por Cezar Roberto Bitencourt e Fernanda Arcoverde Cavalcanti Nogueira. Assume o autor do fato, pela via homologatória da proposta de transação, uma obrigação de fazer, amparada pela teoria geral das obrigações, encontrando, por conseguinte, supedâneo no Código de Processo Civil, arts. 815 a 821.

Vale notar, nesse momento, que a proposta de transação não conta com cláusula resolutiva, e qualquer inserção de dispositivo nesse sentido careceria de previsão legal, constituindo construção absolutamente odiosa, rompendo, novamente, com o princípio da legalidade.

Assim, caso o comprometimento do autor do fato seja com o pagamento de uma multa, temos que incumbe ao Ministério Público executar a sentença que homologou a multa. Do mesmo modo, caso tenha sido estabelecida a obrigação de o autor do fato fazer algo, como prestar serviços à comunidade, por exemplo, cumpre ao Ministério Público executar essa obrigação de fazer, com base na sentença homologada.

Impende vincar que não se trata de execução de pena, porque pena não é. Trata-

se, isto sim, de execução do conteúdo da sentença homologada pelo juízo criminal. Assim, a execução deve ser deduzida pelo agente ministerial com atribuições perante o Juízo criminal e este deve ser o competente para levar a cabo o processo de execução.

Evidentemente, na execução da multa homologada, o procedimento revestir-se-á de menor dificuldade, uma vez que se trata de valor com representação pecuniária admitindo todos os meios processuais próprios à consecução dos haveres consoante prescreve a parte geral do Código Penal. O mesmo ocorrerá quanto às prestações pecuniárias.

Diversa situação será vivida nas hipóteses de prestação de serviços à comunidade, eis que se trata de uma obrigação de fazer de cunho personalíssimo. Aqui, o processo executório deverá demandar nova decisão judicial, posto que o descumprimento de obrigação personalíssima somente se poderá resolver pela forma indenizatória, novamente levando ao estabelecimento de um *quantum* pecuniário que permitirá a retomada do mesmo caminho executório tomado nas hipóteses anteriores.

Não caberia alegar, em rechace à proposição, que se estaria mesclando, na hipótese, o regramento do processo penal e do processo civil, porque a aproximação das esferas civil (de cunho indenizatório) e penal é justamente o espírito que norteia a Lei nº 9.099/95, tal como deixa claro a leitura do art. 74, que estabelece os termos de uma composição civil com efeitos penais. Ademais, a aplicação analógica de legislação processual é expressamente prevista no Código de Processo Penal, em seu art. 3º. Inclusive não há lógica em se admitir o processo de execução civil para a multa inadimplida, tal como expressamente prevê o Código Penal, e vedá-lo para a hipótese de acordo descumprido de transação. Finalmente, vale voltar a ressaltar que não se trata de execução de pena, mas sim de um acordo.

Esta parece ser a única solução juridicamente possível diante do impasse imposto pela lacuna legislativa.

É necessário ter em mente que o espírito que orienta a Lei nº 9.099/95 é o de promover a despenalização, ou seja, de reduzir, no caso de delitos de menor potencial ofensivo, a estigmatização penal, através da aplicação de outras medidas. A solução

proposta, portanto, coaduna-se com esse espírito e promove, em estrita obediência aos princípios e garantias fundamentais do Direito penal, uma solução prática para os casos concretos de descumprimento de transação penal.

4.2 Suspensão condicional do processo

Cezar Bitencourt refere que o instituto tem origem no *probation*, que surgiu no século XIX, o qual "caracteriza-se pela suspensão da sentença, que não chega a ser prolatada, permitindo ao acusado que cumprir as condições impostas manter sua primariedade".[61] A suspensão condicional do processo, porém, diferentemente do *probation*, não necessita de que o processo seja completamente instruído, permanecendo em suspenso somente a sentença. É possível a suspensão já desde o início do processo até antes da sentença. Difere também do *Sursis*, onde o acusado perde a condição de primário, posto que é condenado. Na suspensão condicional do processo não existe qualquer afirmação de culpa.[62] Luiz Flávio Gomes[63] comenta que na suspensão condicional do processo o autor do fato não assume culpa, posto que o instituto tem origem não no *plea bargaining* ou no *guilty plea*, institutos do *common law*, mas sim no *nolo contendere* italiano.

Tem cabimento por proposta do Ministério Público, nas infrações cuja ação penal seja pública e a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, qualquer que seja a sua origem de previsão legal.

4.2.1 Conceito

Ato pelo qual o Ministério Público pode propor a suspensão condicional do processo no momento do oferecimento da denúncia ou até a prolação da sentença.

Embora tenha sido um instituto originado pela Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), pode ser aplicada tanto no Juizado Especial quanto no Juízo Comum.

Suspende o processo por dois a quatro anos, bem como a contagem do prazo prescricional.

Não é possível a suspensão condicional do processo nos crimes de ação de

exclusiva iniciativa privada.[64] Essa opção do legislador é político-criminalmente adequada. O princípio de oportunidade já existe na ação penal de exclusiva iniciativa privada, onde o titular da ação pode desistir ou nem ingressar com a ação. Não seria justo permitir ao Ministério Público interromper o andamento da ação penal, quando o seu titular pretende dar andamento a ela.

4.2.2 Requisitos ou pressupostos de concessão

A suspensão somente pode ser oferecida presentes certos requisitos: (a) a pena mínima em abstrato para o delito deve ser igual ou inferior a um ano; (b) ausência de processo criminal em curso ou condenação por outro crime; (c) requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena; (d) aceitação por parte do acusado e seu defensor (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

No que tange à pena mínima cominada na espécie, é necessário levar em consideração as causas gerais e especiais de aumento e diminuição para o seu cômputo, razão pela qual a tentativa, o arrependimento posterior e a participação dolosamente distinta, por exemplo, devem ser considerados a efeito de estabelecer o limite de cabimento da proposta de suspensão. Obviamente, como se trata de estabelecer os limites das situações a serem consideradas de médio potencial ofensivo, havendo uma margem entre o máximo e mínimo do aumento e diminuição provocados pelas causas especiais e gerais, o aumento a ser considerado sempre será o máximo – porque a pena pode chegar a ele – e a diminuição, sempre deverá ser a mínima, pelo mesmo motivo.

Inicialmente, chegou-se a prever que fossem computadas, para o cálculo, eventuais regras de concurso de crimes, entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.[65]

O tema, porém, tornou à baila, diante da redação dada ao art. 60 da Lei nº 9.099/95 pela Lei nº 11.313/06,[66] o qual determina a aplicação dos substitutivos da Lei nº 9.099/95 a crimes conexos com outros onde não caiba a sua aplicação. Assim, a interpretação há de ser que os crimes de médio e pequeno potencial ofensivo devem ser tratados individualmente no que tange ao recebimento dos substitutivos. A opção

legislativa é especialmente curiosa, porque resulta que os crimes sendo tratados separadamente, porém, no mesmo processo, poderão receber os benefícios, enquanto que o mesmo número de crimes, tratado em processos separados, gerará em um a notícia sobre a existência do outro, obstando, ao menos, a proposta de suspensão condicional do processo.

No que refere à ausência de outro processo em curso ou condenação anterior, há que se considerar que em ambos os casos deva ser "por crime". Ou seja, tanto condenação anterior quanto processo penal em andamento por contravenção não impede a concessão da suspensão.

Alguns autores,[67] contrariando entendimento dos Tribunais Superiores,[68] sustentam que o crime cuja pena encontre-se extinta há mais de cinco anos não constitui causa impeditiva. No entanto, é necessário lembrar que o legislador não mencionou *reincidência* ou *reabilitação*, atribuindo a vedação tão somente a condenação anterior ou processo em curso. Ambos referidos a crime.

No que tange ao impedimento da concessão do benefício àqueles que têm contra si algum processo em curso, há autores que afirmam a inconstitucionalidade do dispositivo por ferir o princípio da presunção da inocência.[69] Ocorre que não há qualquer afirmação quanto a culpa no caso concreto. A vedação não se dá porque se considera culpado o autor do fato, mas sim pela simples circunstância de ter ele contra si processo em andamento ou condenação anterior. O tema não tem relação com afirmação de culpa. A restrição é perfeitamente legal, posto que o benefício concedido resulta proporcional às exigências.[70] É indiferente que a condenação por outro crime refira-se a crime imprudente ou que imprudente seja o crime pelo qual o agente está respondendo.

A questão a respeito da exigência dos requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena deve ter interpretação restritiva, já que há incompatibilidade entre os próprios requisitos expressos da suspensão condicional do processo e vários dos requisitos do *Sursis*, como por exemplo, o limite da pena, que na suspensão é de um ano referente a pena mínima em abstrato e, no *Sursis*, de dois, referente à pena aplicada; o *Sursis* é vedado ao reincidente em crime doloso, enquanto que para a

suspensão do processo a vedação é ante a existência de condenação prévia ou processo em curso. Assim, remanesce como requisito tão somente a análise positiva da culpabilidade, dos antecedentes,[71] da personalidade e da conduta social do agente, dos motivos e circunstâncias do fato.

Presentes os requisitos, não há direito subjetivo à suspensão. Cuida-se de outro instrumento de política criminal à disposição do Estado, na figura do Ministério Público,[72] afinal, se os efeitos somente se produzem mediante homologação, e toda homologação representa ajuste de vontades, não é razoável supor que, presentes as condições previstas em lei, esteja uma parte compelida à proposta.[73]

4.2.3 Condições para a execução da suspensão condicional do processo

Ofertada e aceita a suspensão condicional, o processo restará suspenso mediante o cumprimento, por parte do autor do fato, de determinadas condições. Tais condições têm origem *legal* ou *judicial*.

São condições *legais* ou *obrigatórias* as previstas pelo art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95 e são condições *judiciais* ou *facultativas* as previstas no art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95.

As condições legais ou obrigatórias são as seguintes: (a) a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; (b) proibição de frequentar determinados lugares; (c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; e (d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

A par dessas condições impostas pela lei, pode o magistrado especificar outras, adicionais, propícias ao fato e a seu autor.

Chama-se período de prova o lapso temporal em que o beneficiário tem o processo suspenso, e durante o qual deverá cumprir as condições que lhe foram impostas. Esse período de prova está previsto entre dois e quatro anos.

A partir da concessão da suspensão condicional do processo, a prescrição será suspensa até o término do período de prova e consequente extinção da punibilidade, ou até eventual revogação da mesma (art. 89, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.099/95).

4.2.4 Revogação da suspensão do processo

A suspensão condicional do processo pode ser revogada, retomando-se o curso do processo no momento em que parou, e reinicia-se a contagem do prazo prescricional.

Há fatores determinantes da revogação da suspensão que são obrigatórios (art. 89, § 3º, da Lei nº 9.099/95) e outros que são facultativos (art. 89, § 4º, da Lei nº 9.099/95).

São causas de revogação obrigatória: (a) o beneficiário ser processado por outro crime, durante o período de prova; (b) o denunciado não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano à vítima. Nesses casos, o juiz deve revogar a suspensão concedida.

São causas de revogação facultativas: (a) o beneficiário ser processado por contravenção, durante o período de prova; (b) o denunciado descumprir qualquer outra condição imposta.

O processo superveniente, que provoca a revogação obrigatória da suspensão condicional do processo, pode derivar de crime ou contravenção cometidos antes ou depois da concessão da benesse. No entanto, é necessário que tenha sido instaurado um processo, não bastando apenas um inquérito.

No caso das causas de revogação facultativa, também pelo emprego de analogia *in bonam partem*, procede-se antes a oitiva do beneficiário, permitindo-se a ele apresentar suas justificativas.

4.2.5 Extinção da punibilidade

Se decorrer o período de prova sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade, na forma prevista no art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95.

---

1 Foucault utiliza um jogo de palavras para representá-lo, quando afirma: “contra u mal extraordinário, o poder se levanta; torna-se em toda parte presente e visível;

inventa novas engrenagens; compartimenta, imobiliza, quadricula; constrói por algum tempo o que é ao mesmo tempo a contracidade e a sociedade perfeita; impõe um funcionamento ideal, mas que no fim das contas se reduz, como o mal que combate, ao dualismo simples vida-morte: o que se mexe traz a morte e mata-se o que se mexe". FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 30. ed. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 169. No Brasil, é Bitencourt quem alerta que "já não se tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1993. p. 143. Também Augusto Thompson refere aos *fins contraditórios atribuídos à prisão*. *A questão penitenciária.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 3 ss.

2 Assim opinam os penalistas: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁ[N], Mercedes. *Derecho penal. Parte General.* 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 515; DOTTI, René. *Base e alternativas para o sistema de penas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 369; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 4. A opinião, porém, é também compartilhada por vários estudos de criminologia, *v. g.*: MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia.* Trad. de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 301 ss, inclusive alguns de corte abolicionista, como Thomas Mathiesen. *Juicio a la prisión.* Trad. de Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 300 ss, quem reflui de posicionamentos anteriores à raiz das considerações de Maeve McMahon. *The persistent prision? Rethinking Decarceration and Penal Reform.* Toronto-Buffalo-London: University of Toronto, 1992, quem comprovou empiricamente a contribuição das penas alternativas para a redução do encarceramento.

3 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas*... cit., p

4 Veja-se, detalhadamente: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*... cit., p. 142

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*... cit., p. 183 ss.

6 Assim, por exemplo: THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária.* 4. ed. Rio [de] Janeiro: Forense, 1998. p. 138 ss; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral.* 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 611 ss.

7 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, p. 613 ss.

8 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 614-616.

9 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 616.

10 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 616.

11 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 617.

12 Em maio de 2008, 422.500 pessoas estavam cumprindo penas alternativas no Bra Dados do DEPEN.

13 Nesse sentido, o reconhecimento de Massimo Pavarini. *Punir os inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança.* Trad. de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: ICPC, 2012. p. 199-200.

14 Não obstante essa óbvia tendência, são poucos os compêndios de Parte Geral que contemplam um capítulo específico unificador dos substitutivos. Aquele que aparentemente melhor organizou o tema foi Juarez Cirino dos Santos, cuja fórmula de organização é seguida no presente capítulo. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 611 ss.

15 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral.* 13. ed. S Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 668.

16 BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribuna 2011. p. 317.

17 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 649.

18 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal. Parte Geral.* 3. ed. São Paulo: Revi dos Tribunais, 2010. p. 673.

19 Essa é a classificação apontada unanimemente pela doutrina. Veja-se, a respeito: MARCÃO, Renato. *Curso de Execução penal.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 217.

20 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 619-620.

21 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 620-621.

22 Nesse sentido: GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Parte Geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 941; BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*... cit., p. 319.

23 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 622. Em sentido contrário, apontando o limite como de 70 anos: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de*

Direito penal. Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 737; e DOTTI, René Ariel. *Curso*... cit., p. 674.

24 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 622.

25 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 623-624.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 660-661.

27 MARCÃO, Renato. *Curso*... cit., p. 221.

28 O alerta procede de Renato Marcão. *Curso*... cit., p. 221.

29 Cf. MARCÃO, Renato. *Curso*... cit., p. 222.

30 Nesse sentido: MARCÃO, Renato. *Curso*... cit., p. 223.

31 LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. II, p. 274 e BRAN-DÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008. p. 360.

32 Por exemplo, MARCÃO, Renato. *Curso*... cit., p. 176; BITENCOURT, Ceza Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13. ed., v. 1, p. 747; DELMANTO, Celso. Direitos públicos subjetivos do réu no CP, *RT*, no 554, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1981. p. 466 ss; MARQUES, Jos Frederico. *Tratado de Direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. III, p. 262 ss.

33 A classificação é apresentada em Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal*... cit., p 631.

34 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13. ed., v. 1, p. 676.

35 Nesse sentido SOUZA, Renee do Ó e LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. "A Lei 13.964/2019 e as modificações do Código penal", *in Lei Anticrime. Comentários à Lei 13.964/2019*. [Org. – Renee do Ó Souza], Belo Horizonte De Plácido, 2020, p. 17.

36 Assim, por exemplo: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 633.

37 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 677. No mesmo sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Curso*... cit., p. 363.

38 Nesse sentido, com detalhes: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thoma *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenote,

Granada: Comares, 2002. p. 901-902.

39 Nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., 902.

40 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 633.

41 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 902.

42 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado*... cit., p. 902.

43 BOSCHI, José Eugenio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação.* 4. ec Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 201; CARVALHO, Salo de CARVALHO, Amílton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 49-50; e SANTOS, Juarez Cirino dos*Direito penal*... cit., p. 634.

44 Veja-se, por exemplo: REsp nº 84.779 – RS, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Fernand Gonçalves, j, 1.7.1997, *DJU* de 22.9.1997, e HC 40865-SP – 5ª Turma do STJ Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.06.2005,*DJU* de 22.8.2005. Esses entendimentos foram consubstanciados no enunciado sumular número 444 do STJ, nos seguintes termos: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e açõe: penais em curso para agravar a pena-base".

45 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal. Parte geral*. 15. ed. revist atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 372.

46 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 675.

47 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 635.

48 Cotejando as causas de revogação obrigatórias e facultativas do livramento condicional, constata-se a ausência da hipótese de condenação a pena privativa de liberdade por contravenção. Ainda que de rara ocorrência, a situação é tecnicamente possível. Trata-se, porém, de evidente equívoco do legislador, que deixou de incluir a hipótese como causa facultativa de revogação do livramento. Nesse sentido: BITEN-COURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13. ed., v. 1, p. 686-687. A postura está correta, já que não teria cabimento a revogação por penas mais graves, derivadas de contravenção, como a restrição de direitos ou multa e deixar de dar o mesmo tratamento aos casos de condenação de contravenção à pena de privação de liberdade.

49 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 687.

50 É farta a doutrina específica sobre os institutos advindos com a lei dos juizados especiais criminais, na qual se destacam: PRADO, Geraldo.*Elementos para uma análise crítica da transação penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 GOMES, Marcus Alan de Melo.*Culpabilidade e Transação penal nos Juizados Especiais Criminais.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003; PRADO, Geraldo CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais. Comentários e anotações.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 BITENCOURT, Cezar Roberto*Juizados Especiais Criminais Federais.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005; GOMES, Luiz Flávio*Suspensão condicional do processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf.*Juizados Especiais Criminais. Comentários.* Rio de Janeiro: Aide, 1996; e ZANATTA, Airton.*A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

51 Para detalhes sobre direito comparado veja-se: GOMES, Marcus Alan de Melo *Culpabilidade e transação penal*... cit., p. 98-112.

52 Bitencourt não admite a propositura de ofício, embora considere um direito subjetivo do réu. Cf. BI-TENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13. ed., v. 1, p. 624-625.

53 Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional*... cit., p. 130.

54 PRADO, Geraldo; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de*Lei dos Juizados*... cit., p. 145.

55 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13. ed., v. 1, p. 619.

56 Redação dada pela Lei nº 10.259/01 dos Juizados Especiais Federais, transportada para o âmbito estadual por força do princípio de igualdade.

57 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos*Direito penal*... cit., p. 642. Entendendo que a transação é possível na ação penal privada, mas apenas por proposta do querelante, e não do Ministério Público, veja-se: PRADO, Geraldo CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de.*Lei dos Juizados*... cit., p. 139-140.

58 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 642.

59 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 621.

60 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13. ed., v. 1, p. 621.

61 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13 ed., v. 1, p. 633.

62 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13. ed., v. 1, p. 633.

63 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional*... cit., p. 121-127.

64 Nesse sentido se inclina a doutrina prevalente, bem expressa em Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13. ed., v. 1, p. 638; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribei *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.* 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 687 e 689; MIRABETE, Júlio Fabbrini*Juizados Especiais Criminais – Comentários, Jurisprudência, Legislação*. 3. ed. revista e atualizada até novembro de 1997. São Paulo: Atlas, 1998. p. 159; e MOSSIN, Heráclito Antônio*Curso de Processo Penal,* São Paulo: Atlas, 1998. v. 3, p. 204. Embora haja orientação doutrinária minoritária em sentido contrário, como por exemplo, em: BATISTA, Weber Martins e FUX, Luiz Fux.*Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal* – A Lei nº 9.099/95 e Sua Doutrina Mais Recente. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 364; GRINOVER, Ac Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antôı Scarance; GOMES, Luiz Flávio*Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei nº 9.099, de 26.9.1999*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 259-262; e GARCIA, Ismar Estulano*Juizados Especiais Criminais.* Goiás: AB Editora, 1996. p. 126-127.

65 A Súmula nº 243 anuncia a vedação da suspensão condicional do processo nas hipóteses de concursos de crimes: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um

(01) ano". A doutrina também se manifesta favorável à postura sumulada. Cf. por exemplo: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13. ed., v. 1, p. 625.

66 Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (Incluído pela Lei nº 11.313, de 2006)

67 Nesse sentido, por exemplo: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 647.

68 Já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: "Consoante o disposto no art. 89 da Lei 9.099/95, a existência de condenação anterior contra o acusado, mesmo que cumprida ou extinta a pena há mais de cinco anos, inibe a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, descogitando-se falar em aplicação analógica do art. 64, I, do CP. Pedido indeferido" (STJ – HC 8671/ RJ – Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – j. em 18/5/1999 Órgão Julgador: 5ª Turma).

69 PRADO, Geraldo; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Lei dos Juizados*... cit., p. 278-279.

70 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*... cit., p. 647. Também BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*... cit., 13. ed., v. 1, p. 636-637.

71 Sobre a questão do conceito de antecedentes, deve-se ter em conta, a esses efeitos tão somente as condenações havidas anteriores ao fato que está sendo apreciado, em obediência ao princípio de presunção de inocência.

72 Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 168.

73 Nesse sentido, com vasta e detalhada argumentação: PRADO, Geraldo; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. *Lei dos Juizados*... cit., p. 258-267.

Capítulo 22

AÇÃO PENAL E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA CONDENAÇÃO

INTRODUÇÃO

Não é possível estudar o Direito penal sem vinculá-lo ao Processo penal. Ocorre entre ambos uma relação muito diferente da que acontece, por exemplo, entre o Direito civil e o Processo civil.

Entre o Direito civil e o Processo civil existe uma relação instrumental[1] na qual o processo deve comportar-se como um meio de realização do Direito material e, sempre que isso não ocorre, ou seja, quando o Processo assume um protagonismo, uma independência em relação ao Direito material, a tendência é que o resultado seja nocivo e que as tecnicalidades e formalidades impeçam a realização do Direito material. Isso não é desejável, na medida em que o Direito civil é afirmativo, visa gerar para as pessoas os meios de convivência.

Entre o Direito penal e o Processo penal a relação é bastante diferente. O Direito penal só pode produzir uma classe de resultado: pena ou medida de segurança. Se esse é o único resultado produzido pelo Direito penal aplicado e ele é induvidosamente aflitivo dos demais direitos daquele que sofre sua interferência, o Processo deixa de ser um mero mecanismo de viabilização do Direito material penal para ocupar um lugar de equivalente protagonismo. É absolutamente inútil um Direito penal material cheio de garantias se o Processo penal admite, por exemplo, a tortura como meio de interrogatório.[2] Desse modo, uma proposta de organização do Direito penal dentro de uma fórmula correspondente a um Estado social e democrático de Direito não pode abdicar de preocupações equivalentes no plano do Processo penal. Daí Figueiredo Dias[3] mencionar a existência de uma verdadeira unidade entre os dois.

Daí não ser um acaso que muitas questões relacionadas ao modo de deflagrar o processo persecutório em matéria penal, bem assim as consequências de uma eventual condenação sejam objeto de atenção do próprio Código Penal.

Não se pode afirmar que o legislador reformista de 1984 tenha pretendido efetivamente aproximar o Direito penal material do Processo penal, porque os capítulos que tratam dessa conexão não são objeto de comentários nesse sentido na sua Exposição de Motivos. O que se menciona ali são breves comentários técnicos sobre o conteúdo das regras, sem considerações político-criminais de quaisquer ordens.

Entretanto, a despeito disso, a evolução do Estado brasileiro, que caminha em busca de uma afirmação democrática, permite e quiçá inclusive recomenda a leitura que se fará da ação penal e das consequências da condenação que aqui serão levadas a cabo.

Neste capítulo serão comentados esses aspectos regulados no Código Penal que, não obstante tal localização topográfica no acervo legislativo, têm intensa relação com o Processo penal: a ação penal e as consequências extrapenais da condenação.

1 DA AÇÃO PENAL

É usual mencionar-se que o evento *crime* gera para o Estado um suposto "direito de punir" (*jus puniendi*). Se explica esse direito como sendo um Direito subjetivo do Estado.[4]

Não se pode concordar com a expressão.

Em realidade, o Estado é dependente das pessoas e não o contrário. O Estado só existe pelas pessoas e para elas. Não é possível cogitar um Estado sem pessoas, ainda que, *contrario sensu*, as pessoas que compõem o Estado podem dele desistir, abandonando-o, por exemplo, ao naturalizarem-se.

Daí que não parece correto entender o Estado como um sujeito concreto, portador de direitos, mas sim como um instrumento de realização dos direitos das pessoas. Nessa condição, o Estado atua como um gestor de direitos alheios, portanto, não é um titular de direitos, só de deveres.

Assim, é descabida a expressão *jus puniendi*, sendo mais apropriado falar em *dever* de punir.[5] Esse dever se realiza sob a forma de controle social do intolerável, que é exigido pelas pessoas ao Estado.

Pois bem, esse dever de punir que possui o Estado consiste no cumprimento das pretensões da sociedade de proteger determinados bens essenciais ao seu desenvolvimento não é absoluto, não é ilimitado. Há barreiras legais e principiológicas que limitam o cumprimento desse dever punitivo, todas expressas a partir do tríduo legalidade, intervenção mínima e culpabilidade.

A fórmula para se levar a cabo esse dever de controle social é o processo. Este, da mesma forma que o direito material, sofre as mesmas limitações legais e principiológicas.

A ação penal é o mecanismo utilizado pelo Estado para viabilizar o cumprimento do seu dever punitivo e encontra limitações no direito objetivo, tais como o devido processo legal.[6] Há um conflito de interesses entre o Estado e a pessoa, que é resolvido através do litígio que tem lugar no âmbito da ação penal.

A importância da regência da ação penal por parte do Estado se denota pena necessidade de minimizar o conflito que pode ser gerado pela autodefesa.[7] Portanto, ação penal pode ser entendida como o ato de invocar a prestação jurisdicional em matéria penal.

1.1 Elementos e condições da ação penal

O exercício da ação penal está subordinado à presença das condições gerais da ação, quais sejam: a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.[8]

As partes legítimas para a propositura da ação penal são o Ministério Público (de regra, nas ações penais de iniciativa pública) e o ofendido ou seu representante legal (como exceções, nas ações penais de iniciativa privada).

O interesse de agir está presente em um dever para o Ministério Público, cuja atividade persecutória obedece o princípio da obrigatoriedade, e em uma faculdade para o particular, que pode desistir do seu exercício.[9]

A possibilidade jurídica diz respeito à previsão legal, vinculada ao princípio de legalidade, tanto em termos de Direito material quanto processual, somada à presença de uma *justa causa*, consistente na existência – ao menos, em tese – de um ilícito penal.[10]

A ação penal se inicia através de um pedido denominado denúncia ou queixa. Será denúncia quando tratar-se de uma ação penal de iniciativa pública, ou seja, uma ação penal deflagrada pelo Ministério Público. Será queixa quando a ação penal for de iniciativa privada.[11]

Qualquer das duas fórmulas de propositura da ação penal deverá atender a idênticos requisitos: identificação da pessoa ou pessoas a quem se imputa a conduta ou as condutas criminosas, a descrição fática de tais condutas, o apontamento dos dispositivos legais infringidos pelas condutas, o pleito de recebimento da peça inaugural, de citação dos réus, de realização da instrução, e indicação das provas a serem produzidas.

Para dar início à ação penal, é preciso verificar se o fato é típico, se a punibilidade não está extinta, se a parte que propõe a ação é legítima para tanto; e se estão atendidos os requisitos específicos para o exercício do direito de Ação penal.

1.2 Classificação das ações penais quanto à sua iniciativa

Como mencionado, a ação penal se classifica em de iniciativa *pública* ou de iniciativa *privada*.

Fala-se em *iniciativa* e não, como é comum referir-se,[12] em *ação penal pública* e *ação penal privada.* Essas denominações parecem equivocadas, porque a ação penal é sempre pública. Sendo o Direito penal o mecanismo mais incisivo de controle social, não parece lógico que o Estado permita que particulares o manejem. A única e breve concessão que se faz diz respeito à iniciativa da ação, ou seja, à possibilidade de deflagrá-la. Uma vez deflagrada a ação penal, todo o controle sobre o seu fluxo, bem como o manejo, imposição e execução de suas consequências, permanece nas mãos do Estado. Por isso, parece incorreto falar em *ação penal pública* e *ação penal privada*, sendo preferível a denominação de *ação penal de iniciativa pública* e *ação*

penal de iniciativa privada.

1.2.1 Ação penal de iniciativa pública

A ação penal de iniciativa pública é aquela cuja deflagração fica a cargo exclusivo do Ministério Público.

O Ministério Público é o órgão estatal que define a política criminal do Estado Entre suas múltiplas atribuições constitucionais figura a atividade de *promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei* (art. 129, I, CF). Isso significa que somente o Ministério Público é responsável pela persecução penal em ações penais públicas. É certo que esse órgão chega a ser considerado por muitos[13] como um 4º Poder da República, dado o volume de atribuições que lhe foram conferidas pela Carta Constitucional de 1988, porém, em todas as suas atividades, a iniciativa de manejo de ações, investigações e atividades políticas públicas, ele possui agentes concorrentes, exceto no manejo da ação penal pública.

Portanto, pode-se afirmar, sem reservas, que a atividade principal do Ministério Público é a atividade persecutória na seara da ação penal pública. Ocorre que essa classe de ação penal compreende a imensa maioria das hipóteses incriminadoras. Em função dessa circunstância, não há dúvida que o Ministério Público interfere diretamente na Política Criminal do Estado,[14] ao menos no sentido da seleção de prioridades persecutórias.

A própria organização da sistemática de fluxo da ação penal determina esse protagonismo, afinal, se a investigação for arquivada por iniciativa do Ministério Público, vale dizer, se o Ministério Público abrir mão da persecução por qualquer de seus agentes e o magistrado perante o qual ele oficia discordar desse pleito de arquivamento, o máximo que poderá fazer é remeter o feito à apreciação do Procurador Geral de Justiça – agente que ocupa o cargo de chefia da instituição do Ministério Público – para que este se pronuncie sobre o tema. Confirmada a opinião pelo arquivamento, nada, nem ninguém, pode alterá-la. Ou seja, é o Ministério Público quem detém a última palavra sobre o que não vai ser perseguido em juízo em matéria penal.[15] Com isso, a instituição se responsabiliza pelo recorte do que fica fora

do âmbito de incriminação na imensa maioria dos casos penais.

Trata-se de um exercício hermenêutico a respeito dos tipos penais exercido exclusivamente pelo Ministério Público.

Caso o Ministério Público se convença da necessidade de iniciar a persecução, irá deduzi--la perante o judiciário sob a forma de uma denúncia, iniciando a ação penal.

É importante perceber que o deflagrar de uma ação penal não significa a afirmação da culpabilidade de ninguém. Trata-se unicamente de um juízo de suspeita, ou seja, de afirmar-se a existência de indícios suficientes para dar início a uma investigação, através de uma ação penal, que se confirmará ou não no processo.

Daí que, no momento do oferecimento da denúncia, uma eventual dúvida a respeito da culpabilidade do denunciado implica na admissão da denúncia e no deflagrar da ação penal, justamente o contrário do juízo necessário para a condenação, que é um juízo onde a dúvida deve implicar na absolvição. Trata-se do princípio da *obrigatoriedade*.[16]

A ação penal de iniciativa pública se subdivide em duas formas: ação penal de iniciativa pública *incondicionada* e ação penal de iniciativa pública *condicionada.*

A regra geral é a ação penal de iniciativa pública *incondicionada*. A ação penal de iniciativa pública *condicionada* – à representação ou requisição do Ministro da Justiça – é uma fórmula de exceção, que depende de previsão expressa.

1.2.1.1 Ação penal de iniciativa pública incondicionada

A ação penal de iniciativa pública *incondicionada* é a regra geral do Código Penal, prevista pelo art. 100, *caput*, do Código Penal.[17]

Sempre que a legislação incriminadora nada mencione a respeito das regras de iniciativa da ação penal em face de determinado tipo de ação ou omissão, se estará cuidando de ação penal de iniciativa pública *incondicionada*.

1.2.1.2 Ação penal de iniciativa pública condicionada

Contrario sensu, a ação penal de iniciativa pública *condicionada* depende de

uma manifestação de parte do ofendido no sentido de autorizar o Estado a promover a persecução, na forma prevista pelo art. 100, § 1º, do Código Penal.[18] Essa autorização denomina-se, de regra, *representação.* Diz-se *de regra* porque também é possível a situação de condicionalidade à *requisição do Ministro da Justiça*, em casos muito específicos, como, por exemplo, o de crimes contra a honra do Presidente da República, conforme prevê o art. 145, parágrafo único, do Código Penal.[19]

A identificação dos delitos cuja ação penal é de iniciativa pública condicionada se dá pela menção expressa em algum parágrafo do dispositivo incriminador, ou em disposições gerais relativas ao título ou ao capítulo, da necessidade de processar-se mediante representação ou requisição. Veja-se, por exemplo, o art. 147, parágrafo único, referente ao crime de ameaça.[20] Ausente essa menção, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada.

De qualquer modo, seja *representação* ou *requisição do Ministro da Justiça*, essa autorização persecutória assume forma e natureza jurídicas idênticas. Trata-se, como mencionado, de uma autorização, ainda que a expressão *requisição* transpareça voz cogente. O Ministério Público, responsável pela totalidade do manejo da ação penal de iniciativa pública, seja condicionada ou incondicionada, tem amplo poder decisório a respeito de deflagrar ou não a ação penal, ainda que receba a representação ou requisição do Ministro da Justiça. É bem verdade que em nosso sistema, o Ministério Público não pode dispor da ação penal ao seu talante. Existindo indícios suficientes de delito, *deve* deflagrar a ação, com vistas a confirmá-los ou infirmá--los. Outrossim, é igualmente certo que a ele cabe exclusivamente o juízo de suficiência ou insuficiência de dados para iniciar a ação penal.

Os casos reservados para a ação penal de iniciativa pública condicionada, de regra, são aqueles onde existem interesses concorrentes do Estado e da vítima ou do Estado e de ordem política.

A representação ou requisição não possui forma definida, podendo consistir em mera declaração de vontade tomada a termo no curso de depoimento prestado às autoridades que procedem a investigação.

A natureza jurídica da representação ou requisição é a de *condição de*

procedibilidade.[21]

A representação pode ser oferecida pelo ofendido, se for ele maior de 18 anos, o pai, a mãe, o tutor, o pai adotivo, os avós, tios, irmãos ou quaisquer pessoas encarregadas de sua guarda e até mesmo qualquer parente responsável pelo ofendido menor.

Trata-se de uma legitimidade concorrente, conforme afirmado pelo Supremo Tribunal Federal através do Enunciado nº 594 da sua Súmula, nos seguintes termos: "*os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal*".

O tema cobra especial transcendência nos crimes contra a dignidade sexual cometidos sem violência real, onde a vontade da vítima pode contrastar com a do seu representante, a ponto de ter levado à alteração legislativa do termo inicial do prazo prescricional em crimes dessa natureza.[22]

O entendimento majoritário é que havendo divergência entre o ofendido e o seu representante legal a respeito de se a representação deve ou não ser oferecida, há de prevalecer o direito daquele que desejar oferecê-la.[23]

O prazo para o exercício da representação é um prazo decadencial de seis meses, que flui a partir de que o titular do exercício de tal direito tenha ciência a respeito da autoria do fato criminoso.

Uma vez manejada a representação, o seu autor autoriza o Ministério Público a realizar a persecução, mas é o Promotor de Justiça quem determina os fatos criminosos que serão incluídos na denúncia. Então, poderá o agente ministerial inclusive oferecer denúncia a respeito de fatos criminosos não apontados na representação, pois ela é simples autorização, não vinculativa da atividade estatal persecutória.

Por outro lado, quanto às pessoas implicadas, somente é possível ao Ministério Público oferecer denúncia contra pessoa que tenha sido apontada na representação, ou seja, é vedada a inclusão na denúncia de pessoa que não tenha sido apontada como autora ou partícipe no texto da representação.

Por outro lado, a indivisibilidade do fato faz presumir a renúncia do exercício

do direito à representação quanto aos demais (renúncia tácita), com o consequente arquivamento. Como consequência, haverá o arquivamento do fato integral, inclusive com relação às pessoas que sofreram a representação.

Resumidamente, pode-se dizer que não se pode selecionar autores e partícipes entre os implicados no delito. Evidentemente, caso, em princípio, a vítima desconheça outros autores além do representado, isso não implica renúncia tácita quanto àqueles, mas caso o Ministério Público os identifique, deverá colher novas representações a respeito de tais pessoas, e proceder com a ação penal. Caso o Ministério Público solicite a representação, mas a parte deliberadamente a negue, deverá o fato ser tratado como renúncia expressa à representação, com o consequente arquivamento da investigação.[24]

A representação é irretratável depois do oferecimento da denúncia, conforme previsão expressa do art. 102 do Código Penal.[25] Isso significa que pode a vítima ou seu representante legal retratar-se a respeito da autorização persecutória conferida enquanto não deflagrada a iniciativa persecutória pelo órgão encarregado dela.

Pode o ofendido renovar a representação retratada antes da denúncia, desde que ainda não expirado o prazo decadencial de seis meses.

Resumidamente, a autorização pode ser oferecida e cassada repetidas vezes desde que ainda não oferecida a denúncia.

Silente a lei, entende-se que a requisição do Ministro da Justiça não se submete a prazo decadencial, podendo dar-se a qualquer tempo, desde que não extinta a punibilidade do agente pela prescrição.[26]

1.2.2 Ação penal de iniciativa privada

Por seu turno, a ação penal de iniciativa privada igualmente possui uma subclassificação entre ação penal de iniciativa privada *exclusiva e ação penal de iniciativa privada subsidiária*.[27]

A ação penal de iniciativa privada *exclusiva* somente pode ser proposta pelo ofendido ou seu representante legal, conforme prevê o art. 100, § 2º, do Código Penal.[28]

Por sua vez, a ação penal privada de iniciativa subsidiária o é em face de uma ação penal pública. Ou seja, nas ações penais públicas, a eventual inércia do Ministério Público abre passo para a promoção de uma ação penal privada de caráter subsidiário, conforme prevê o art. 100, § 3º, do Código Penal.[29]

O prazo para o exercício da ação penal de iniciativa privada, do mesmo modo que o prazo da representação na ação penal de iniciativa pública condicionada, é decadencial e tem por termo inicial o conhecimento a respeito da autoria do fato por parte daquele que pode exercer o direito de queixa. Na ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, o mesmo prazo decadencial tem por termo inicial o fim do prazo que possui o Ministério Público para o oferecimento da denúncia, conforme determina o art. 103 do Código Penal.[30]

1.2.2.1 Ação penal de iniciativa privada exclusiva

A primeira possui sua iniciativa plenamente reservada ao particular. São situações em que o Estado entende que a decisão de submeter a causa à intervenção estatal implica em determinados ônus para a própria vítima, de tal modo que deve ser dela a decisão sobre deflagrar a ação penal ou não.[31]

Os tipos de ação ou de omissão que comportam a ação penal de iniciativa privada exclusiva são identificados pela menção em algum parágrafo referente ao dispositivo incriminador, ou no capítulo ou título correspondente, ao fato de que a ação penal só pode ser deflagrada mediante queixa, tal como ocorre, por exemplo, com o crime de dano ou o de abandono de animais em propriedade alheia, previstos respectivamente nos arts. 163 e 164 do Código Penal, que se submetem à regra geral do art. 167 do mesmo diploma legal.[32]

1.2.2.2 Ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública

Já a ação penal de iniciativa privada *subsidiária* recebe esse nome porque já foi ação penal de iniciativa pública.

Existem prazos legais para que o Ministério Público movimente as investigações que chegam às mãos de seus agentes. Se dentro do prazo legal o agente

ministerial encarregado não movimenta o feito através do oferecimento da denúncia, do pleito de arquivamento (caso conclua não haver evidências do crime ou identificação do seu autor), ou ainda pedido de novas diligências, abre-se o prazo para que aqueles que estão legitimados ao exercício do direito de queixa[33] iniciem a ação penal mediante o oferecimento de queixa.

Denomina-se ação penal de iniciativa privada subsidiária porque ela efetivamente é subsidiária da iniciativa pública, ou seja, somente terá lugar diante da ausência desta.

Importa ressaltar, como faz Bitencourt,[34] que "a ação penal não se transforma em privada, mantendo sua natureza de pública, e, por essa razão, o querelante não pode dela desistir, renunciar, perdoar ou ensejar a perempção".[35]

Caso a parte abandone, de qualquer modo, a ação penal privada subsidiária, o Ministério Público retoma a titularidade ativa e prossegue o feito em seus ulteriores termos, conforme prevê o art. 29 do Código de Processo penal.[36]

1.2.2.3 O início e extinção da ação penal privada

A oferta da queixa-crime obviamente depende da capacidade postulatória em juízo, que é prerrogativa exclusiva dos advogados. Eles devem manejar a petição inicial do processo penal – queixa-crime – em nome da vítima ou seu representante legal. Para tanto, o advogado depende de uma procuração com poderes específicos para demandar a ação penal em juízo.

A renúncia ao direito de queixa extingue a ação penal, não podendo, de forma alguma, ser retratada, conforme determina o art. 104 do Código Penal.[37]

A renúncia ao exercício do direito de queixa pode ser expressa ou tácita. Será expressa quando, por exemplo, for apresentada através de declaração firmada pelo ofendido ou seu representante legal. Será tácita quando realizado algum ato que faça presumir a renúncia a tal exercício, por exemplo, quando tendo a vítima sido ofendida por vários agentes, promover ação penal contra apenas um deles. Essa exclusão dos demais agentes implica em uma renúncia tácita ao direito de queixa que aproveita aos demais agentes, mesmo àqueles contra quem foi movida a queixa, extinguindo a ação

penal contra todos.

A questão da indivisibilidade como fonte do reconhecimento tácito da renúncia ao direito de queixa, no entanto, é polêmica, sendo veementemente rejeitada por parte da doutrina.[38]

O argumento imposto é o de que eventualmente a vítima pode desconhecer outros autores além do querelado; o oferecimento da queixa constitui manifestação de vontade no sentido de deflagrar a persecução e não de abandoná-la.[39]

Evidentemente, a situação *sui generis* do desconhecimento da autoria compõe uma exceção à indivisibilidade que, no entanto, como princípio geral, deve ser preservado. O que se quer é evitar a manipulação da acusação através da seleção pessoal de autores e partícipes entre os implicados no delito. É claro que o oferecimento de uma queixa contra autores conhecidos, deixando de lado outros desconhecidos, não constitui *atitude incompatível para com o exercício do direito de queixa*, conforme exige a lei.

No caso de esquecimento ou desconhecimento oportuno do querelante em relação a parte dos autores, cabe a solução proposta por Bitencourt,[40] de que o Ministério Público – que deve zelar pela indivisibilidade da ação penal privada – deve requerer a intimação do querelante para que promova aditamento da queixa, dentro do prazo decadencial.

Também constitui causa de extinção da ação penal de iniciativa privada o perdão do ofendido na forma prevista pelo art. 105 do Código Penal.[41]

Difere, entretanto, o perdão da renúncia. A renúncia ao Direito de queixa é ato unilateral do ofendido, prévio ao deflagrar da ação penal, que tem natureza jurídica da causa prejudicial da própria existência da persecução, enquanto que o perdão é ato bilateral, dependendo da aceitação do perdoado, que tem lugar somente já deflagrada a ação penal, consistindo em causa extintiva da pretensão de punibilidade, afetando, portanto, a própria existência do crime.

Entende-se que o interesse na ação é da vítima ou seu representante legal e, portanto, a ela cabe dispor da ação perdoando o réu, se entender pertinente.

A regulamentação da matéria relativa ao perdão está no art. 106 do Código

Penal e seus parágrafos.[42]

Assim, o perdão, tal como a renúncia ao direito de queixa, assume duas formas: tácita ou expressa.

O perdão do ofendido é também uma fórmula comunicável de extinção da punibilidade, o que significa que, havendo concurso de pessoas implicadas no crime em questão, tendo sido oferecido o perdão por parte do ofendido a um dos querelados, a todos aproveita, vale dizer, todos serão igualmente perdoados. Não é possível ao querelante selecionar os querelados contra os quais – dentre aqueles que são responsáveis pelo crime – irá oferecer queixa ou perseverar na ação penal.

Em contrapartida, em sendo vários os querelantes, ou seja, vários os ofendidos, se concedido o perdão por um deles, esse fato não produz qualquer efeito quanto aos demais, permitindo que estes prossigam com a ação penal.[43]

Não é demais lembrar que o perdão do ofendido, para que produza efeitos de extinção da punibilidade no caso concreto, depende da aceitação de parte do ofendido. Recusado pelo querelado, não produz efeito quanto a este. Obviamente, não afeta a aceitação dos demais querelados, se houverem. A extinção da punibilidade pelo perdão oferecido a todos terá efeitos quanto àqueles que o aceitarem.

O perdão tem também um limite processual: o trânsito em julgado da sentença condenatória. Enquanto não transitada em julgado, segue sendo admissível o perdão.

No presente trabalho, considera-se o perdão do ofendido uma causa extintiva da pretensão de punibilidade, aflitiva da possibilidade de afirmar-se a existência do crime.[44]

1.3 Um caso especial: ação penal de iniciativa pública condicionada ou privada exclusiva[45]

Há ainda casos especiais de legitimação concorrente que merecem destaque, no qual a ação penal tanto pode ser de iniciativa pública incondicionada como de iniciativa pública condicionada: os crimes cometidos contra funcionário público, em razão de suas funções, e casos de injúria consistente em utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou

portadora de deficiência.

Em princípio, nesses casos, o Ministério Público dependeria de uma representação para deflagrar a ação penal.

No entanto, uma sólida construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, derivada da garantia constitucional ao exercício da ação penal privada, distendeu os direitos de deflagrar a ação penal para os ofendidos, de modo concorrente ao Ministério Público.

No caso do funcionário público, inclusive, a matéria consolidou-se pelo enunciado sumular número 714: *"É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções."*

1.4 Ação penal no crime complexo

A afirmação da existência de um crime depende da propositura da ação penal e da afirmação, por sentença, de que o fato anunciado na ação efetivamente constitui crime.

Diante dessa dependência, todos os delitos têm predefinida a modalidade de ação penal através da qual eles podem ser afirmados.

Em geral, como visto, os delitos que constituem ofensas a bens jurídicos de interesse público – exclusivo ou concorrente – são apurados através de ações penais de iniciativa pública, enquanto que os bens jurídicos de interesse particular são apurados através de ações penais de iniciativa privada.

Evidentemente, existem delitos que são compostos por elementos que sozinhos traduzem outros delitos. Esses delitos são chamados de *complexos*.[46]

Eventualmente, tal concurso pode dar-se entre bens jurídicos de interesse público e outros de interesse privado. Nesses casos, em princípio, haveria uma confusão a respeito de quem estaria autorizado a deflagrar a persecução.

Pretendendo reger a matéria, o Código Penal estabeleceu no seu art. 101 uma regra específica a respeito, dando prevalência à iniciativa pública.[47]

Assim, se o tipo de ação ou omissão complexo contém parcialmente elementos que compõem outro tipo de ação ou omissão que traduz uma ofensa a um bem jurídico de interesse público, a ação penal do crime complexo será de iniciativa pública.

1.5 Ação penal e concurso de crimes

Uma mesma cadeia de eventos pode determinar a existência de vários crimes diversos que ou aconteceram em um mesmo contexto, ou ainda, que possuem entre si determinadas conexões probatórias.

Em caso de concurso entre crimes de ação penal de iniciativa pública e privada, é defeso ao Ministério Público oferecer denúncia em relação a estes últimos.

Do mesmo modo, em caso de concurso entre crimes de ação penal de iniciativa pública incondicionada e condicionada, inexistindo representação quanto a estes últimos, somente poderá o Ministério Público mover ação penal quanto aos primeiros.

Ou seja, é possível que para a apuração de crimes praticados em concurso, por sua natureza, existam duas ou mais ações penais simultâneas.

2 EFEITOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

O manejo da ação penal, especialmente a ação penal de iniciativa pública, que não envolve interesse privado, é ato de extrema responsabilidade. Não apenas porque é uma manifestação da política criminal estatal, mas também porque envolve uma série de consequências que se espraiam para muito além da condenação criminal.

Embora o objetivo de qualquer ação penal, uma vez deflagrada, somente possa ser o advento da imposição de uma pena ou medida de segurança, existem outros efeitos para além desse objetivo central, que são decorrentes de uma eventual condenação. Estes aparecem regulados no Código Penal, no Capítulo VI de sua parte geral, nos arts. 91, 91-A e 92.

Tais efeitos podem ser *penais* ou *extrapenais*; estes últimos podem ser *genéricos* ou *específicos*.[48] São efeitos *penais* outras consequências da condenação, que dizem respeito à situação do réu em matéria penal exclusivamente. São

extrapenais aqueles que se espraiam para outros âmbitos jurídicos. São efeitos extrapenais *genéricos* aqueles derivados de todas as ações penais que cheguem a uma condenação com trânsito em julgado. São efeitos *extrapenais* específicos aqueles que geram efeitos somente para determinadas classes de crimes ou penas, também a partir de uma condenação com trânsito em julgado.

A matéria, que desde o alvorecer do Código tinha despertado escasso interesse, atualmente tem sido um dos grandes focos de discussão, por conta do avanço do Direito penal em matéria econômica. É reconhecido que o ramo que mais cresce do Direito Penal, tanto em volume quanto em complexidade, é o Direito Penal econômico, envolvendo a criminalidade de cunho econômico, quase sempre gerida em perfil empresarial, o que significa, por um lado, um fenômeno criminológico distinto[49] que opera em dinâmica atuarial e, por outro, alguma necessidade de adaptação normativa. E é justamente neste último campo que os efeitos da sentença penal condenatória despertam interesse, afinal, se a lógica empresarial opera mediante o cômputo de custo-benefício, não é incomum que o Direito penal termine caindo em uma esfera de baixa coercibilidade. Ilustremos com um exemplo: se as normas permitem que seja extinta a punibilidade do delito de sonegação fiscal pelo pagamento do tributo, incluindo a possibilidade de parcelamento, por que razão deveria o empresário pagar os tributos *ab initio*, considerando os índices de cifra oculta de criminalidade (delitos que ocorrem e não são descobertos jamais)? Analisando atuarialmente a questão do custo-benefício, se a taxa de elucidação do delito é baixa e as possibilidades de condenação, mesmo descoberta a fraude, são nulas, restaria computar apenas o valor das multas em cotejo com o índice de cifra negra para decidir se é ou não compensador sonegar impostos.

Esta classe de racionalidade, que é própria da atividade empresarial se espraia para todo o âmbito da crescente criminalização de condutas próprias da atividade empresarial, tais como lesão ao ambiente, crimes tributários, crimes falimentares, corrupção ativa do setor público, lavagem de dinheiro, entre outros.

Neste contexto, se a possibilidade de alcançar uma pena resulta escassa e se as consequências diretas da condenação são manejáveis tanto do ponto de vista da pena

propriamente, com os substitutivos penais, quanto da própria imputação, com as fórmulas de transferência de responsabilidade, em especial as recentes manobras no campo do *compliance*[50], a legislação passou a avançar em outro campo: o campo das consequências da sentença penal condenatória, diga-se, nem sempre com grande acerto.

É óbvio que o princípio regente destas consequências é o de que o crime não pode resultar compensador para o criminoso. Resulta correto procurar mecanismos normativos de imposição de consequências que, atuarialmente, façam perder sentido a opção pela prática de crimes.

Neste campo, a legislação mais recente tem avançado especialmente tendo por foco o confisco de bens. A razão para isso é que, se as empresas operam segundo a lógica do lucro, a imposição de consequências patrimoniais mais gravosas teria, em tese, maior poder dissuasório, por vezes, que a própria pena.

Assim, o advento da Lei 12.694 de 24 de julho de 2012 e, mais recentemente, da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, alteraram o próprio Código Penal no capítulo das consequências da sentença penal condenatória, direcionam-se a esta perspectiva.

2.1 Efeitos penais

Além da imposição da pena ou medida de segurança, a condenação penal produz outros efeitos em relação ao condenado que dizem respeito exclusivamente ao sistema de imputação.

O primeiro deles é a revogação facultativa ou obrigatória, dependendo da classe de condenação havida, do *sursis* anteriormente concedido (art. 81 do Código Penal) ou do livramento condicional (arts. 86 a 88 do Código Penal).

Ademais, a condenação abre passo a uma eventual reincidência por novo crime que vier a ser praticado dentro de um prazo determinado (arts. 63 e 64 do Código Penal).

Se a condenação em si caracterizar já a reincidência, restará afetado o prazo de prescrição da pretensão executória (art. 110 do Código Penal), e será interrompida a

contagem de tal prazo prescricional (art. 117, inciso VI, do Código Penal).

Também em função da reincidência, poderá restar transformado o regime inicial de cumprimento da pena em função do que determina o art. 33 do Código Penal.

2.2 Efeitos extrapenais

No plano extrapenal, vários são os efeitos da sentença penal condenatória, afetando especialmente a vida civil do condenado.

2.2.1 Efeitos extrapenais genéricos

São efeitos extrapenais genéricos da sentença condenatória aqueles que se referem a todos os crimes indistintamente. Estes estão previstos expressamente no art. 91 do Código Penal.[51]

A produção de tais efeitos, independentemente de qualquer previsão específica a respeito na sentença, produz-se automaticamente. Ou seja, existindo a condenação transitada em julgado, tornam-se eles exigíveis de plano.

O primeiro desses efeitos é o de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Portanto, a condenação criminal gera efeito de título executivo de caráter indenizatório no plano do direito civil, conforme preceitua o Código de Processo Civil.[52]

Importa destacar que essa obrigatoriedade indenizatória não tem qualquer relação com a recente inclusão no rol de requisitos formais da sentença condenatória do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.

Esse dispositivo legal impôs que na sentença condenatória se afirme o patamar mínimo para a reparação de danos causados pela infração penal. Trata-se unicamente da afirmação – quando possível fazê-lo – do valor de piso de uma eventual indenização, que poderá ou não ocorrer. O juiz só tratará de apontá-lo quando incontroversamente dispuser dos dados no caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, em situações de roubo, furto ou estelionato, quando o valor do bem

patrimonial afligido é objeto de um auto de avaliação prévio ao próprio início da ação penal.

A Lei nº 11.719, de 20.6.2008, que entrou em vigor 60 dias após sua publicação, deu nova redação ao inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, que ficou assim redigido: "Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido."

A fixação de valor mínimo indenizatório (inciso IV, art. 387, do CPP) é requisito essencial da sentença, não podendo o juiz deixar de enfrentar a questão, ainda que não provocado, até porque o próprio art. 91, inciso I, do Código Penal, que trata dos efeitos da sentença condenatória, já dispunha, mesmo antes da entrada em vigor do novel inciso IV, do art. 387, do CPP, acerca da inevitabilidade de carga indenizatória que gera uma condenação, torna-a certa e indiscutível, até mesmo na seara cível (coisa julgada).

É irrelevante que não teria havido pleito indenizatório no caso concreto. Isso porque a nova configuração do art. 487 do Código de Processo Penal estabelece uma exigência de ordem prática, um requisito da sentença condenatória e não uma *facultas agendi* do juiz.

Não se trata de julgar um pleito indenizatório, mas de fixar, ao reconhecer a presença de um delito, o correspondente piso da reparação de danos. E mais, ao ser uma disposição de ordem processual que compreende requisito da sentença condenatória, é elemento que compõe a prestação jurisdicional, não podendo, em nenhuma hipótese, ser sonegado aos destinatários da atividade judicante.

A norma em comento não constitui prejuízo algum ao réu, já que não determina a realização da indenização, nem impõe acréscimo de qualquer ordem, apenas constitui diretriz que é acréscimo à prestação jurisdicional. A doutrina já reconheceu que a omissão a respeito é passível inclusive de esclarecimento pela via dos embargos de declaração. Nesse sentido, o comentário de Guilherme de Souza Nucci:

> "A omissão do valor mínimo da indenização não tornará a sentença nula, mas poderá ensejar embargos declaratórios para sanar a omissão, uma vez

> que se cuida de requisito da sentença, na nova disciplina, devendo o juiz fazer constar o valor mínimo da indenização ou o motivo pelo qual deixa de fazê-lo como, por exemplo, a inexistência de dano patrimonial ou a falta de informações a respeito."[53]

Note-se, não se trata aqui de perquirir indenização nos moldes da lei civil. O critério de fixação de valor mínimo, em matéria penal e processual penal (inciso IV do art. 387 do CPP), é independente e absolutamente diverso do critério reparatório civil. Partilha dessa opinião Eugênio Pacelli de Oliveira, quando afirma:

> "Com efeito, ainda que sem pedido ou participação da vítima no processo, o citado dispositivo legal sempre autorizou a formação de título executivo no juízo cível, já afirmada a obrigação de indenização do dano pela prolação da sentença penal condenatória. No cível, portanto, restaria a liquidação do valor devido.
> A nosso aviso, a nova legislação deve ser entendida nestes estritos termos, impedindo o alargamento da instrução criminal para a discussão acerca dos possíveis desdobramentos da responsabilidade civil. Não se há de pretender discutir, por exemplo, o dever de reparação do dano moral ou mesmo dos danos emergentes."[54]

Nem mesmo foi a intenção legal fixar valores para reparação de danos morais, somente a fixação de mínimo valor aos prejuízos causados às vítimas de crimes.

O que a sentença condenatória torna certo é o dever de indenizar. O valor será discutido na ação própria. O piso fixado na sentença condenatória criminal é apenas um valor de referência apurado já na abertura do processo crime, que seja nitidamente incontroverso.

Outro efeito extrapenal da sentença condenatória é a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito e do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua

proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Aqui, cabe uma subdivisão entre a análise dos instrumentos e do produto do crime. No caso dos instrumentos, o fundamento da perda é obviamente uma pretensão de evitação de que o crime se repita. No caso do produto do crime, o objetivo é fazer com que a prática criminosa, de modo algum, possa constituir um *risco que vale a pena*. Ou seja, a realização prática da ideia de que o crime "não compensa". Vejamos cada qual em separado.

a) A perda dos instrumentos do crime:

Aqui se incluem, por exemplo, armas e drogas como instrumentos do crime cuja posse ou detenção é em si ilícita, mas também podem incluir-se veículos, bens diversos, até mesmo imóveis, desde que comprovadamente constituam proveitos auferidos com a prática criminosa.

Instrumentos são aqueles que foram utilizados para viabilizar a prática delitiva; produtos do crime são as coisas, objetos, bens, valores, dinheiro, ou qualquer coisa que represente um proveito direta ou indiretamente derivado da atividade criminosa.

Note-se que não são todos os instrumentos do ilícito que podem ser confiscados, mas apenas aqueles cujo fabrico, alienação, posse ou detenção possa configurar, por si só, um delito.

Surgiu, no entanto, uma exceção à regra geral, pela inserção do § 5º do art. 91-A no Código Penal, por força da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, passando a vigorar em 23 de janeiro de 2020. A mencionada disposição legal diz: *Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.*

Isso significa que, nos casos de prática de qualquer crime em que sobrevenha condenação, se tal prática envolver organizações criminosas ou milícias, independentemente de que tenham sido denunciadas ou condenadas como tais, a perda

dos instrumentos utilizados para o crime independe da condição de que seu fabrico, alienação, posse ou detenção configure novo crime.

A medida visa, claramente, ferir as organizações criminosas e milícias em sua estrutura de disponibilidade econômica.

b) A perda do produto do crime (confisco):

O tema aqui é o confisco de bens, que possui um longo histórico legislativo[55]. Na nossa atual legislação contamos com três modalidades de confisco. O confisco tradicional previsto no art. 91, inciso II do Código Penal, que recai sobre instrumentos e produtos do crime; o confisco por equivalência, implantado pela inserção dos §§ 1º e 2º no art. 91 pela Lei 12.694, de 24 de julho de 2012 e o confisco alargado constante do novo artigo 91-A, introduzido pela Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019.

b.I) O confisco comum:

Convém notar que, por ser automático esse efeito da sentença condenatória, devidamente comprovada a condição de proveito auferido pelo criminoso através da prática delitiva, quaisquer bens, de qualquer natureza, inclusive valores em dinheiro podem ser objeto da perda em favor da União.

Se o efeito é automático, ademais, bastaria ao Ministério Público, na ação penal correspondente, requerer ao juiz que proceda o confisco dos valores em favor da União, manejando as medidas assecuratórias próprias do processo penal.

Importa destacar que a possibilidade de confiscar o produto do crime tem especial relevância em função da recente preocupação com o cerco aos delitos de lavagem de dinheiro. A lavagem de dinheiro, naturalmente, pressupõe que o dinheiro a ser *lavado* seja proveniente de crime, conforme dita o art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.[56] Pois bem. Se há essa evidência, haveria de se perguntar porque o Ministério Público não tomou a iniciativa de requerer a perda de tal objeto em favor da União já nos autos de processo criminal onde se apurou o delito que gerou os valores submetidos à lavagem. Se isso não ocorreu, é de suspeitar a respeito da

origem ilícita do dinheiro, o que prejudica o pressuposto lógico do crime de lavagem de ativos.

É bem verdade que a alteração determinada pela Lei nº 12.683/2012, relativa ao art. 2º da lei que regula o crime de lavagem de dinheiro, passou a permitir que se proceda o processo e julgamento dos crimes previstos naquela lei independentemente do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, vale dizer, independentemente da apuração irrefutável de que o objeto da lavagem de dinheiro efetivamente procede de delito. Essa disposição, porém, não afeta o tipo penal, que segue exigindo que os valores que sofrem as ações núcleo do tipo sejam provenientes de crime (Art. 1º - *Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*). Ou seja, a infração penal precedente é elemento indeclinável do tipo e sua demonstração probatória implica em demonstração da evidência de uma situação concreta que demandaria o efeito obrigatório de perda de tal objeto em favor da União.

Daí decorre uma conclusão inafastável: uma atuação perspicaz e intensiva do Ministério Público nos processos criminais com sentença transitada em julgado poderia promover um forte efeito preventivo quanto à existência de crimes de lavagem de dinheiro, interferiria diretamente no âmbito da cifra negra dessa forma de criminalidade.

Neste ponto, parece que o Ministério Público brasileiro tem sido bastante omisso. Uma atuação mais ingente em todas as ações penais em busca do confisco de bens levaria certamente a uma desnecessidade de alterações legislativas infelizes, que tem tido lugar nos últimos anos.

b.II) O confisco por equivalência:

Certamente foi a falta de uma maior intervenção nos processos originários que levou ao primeiro passo de alargamento do confisco com a alteração do art. 91 do Código Penal pela Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, que promoveu a inserção de dois parágrafos no mencionado dispositivo normativo, com a seguinte redação: *"§ 1º*

Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior; § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda".

Tratou-se da inclusão do chamado *confisco por equivalência*. Neste caso, a perda de bens não se restringe aos que se encontram diretamente vinculados ao crime, praticado ou derivam deste, mas pode incluir bens *equivalentes* aos provenientes do crime, quando estes não são encontrados ou estejam no exterior.

Naturalmente, em casos que tais será imprescindível a apuração, nos autos em que se decreta a perda, de quais seriam os bens provenientes do crime, bem como de seu valor, pois só assim seria possível estabelecer um patamar de equivalência. Vale dizer: não se poderia avançar sobre outros bens do condenado enquanto não estabelecido o valor de equivalência tratado no § 1º do Código Penal.

Admite-se, no afã de tal consecução, inclusive a tomada de medidas assecuratórias de caráter cautelar, na forma do § 2º do art. 91 do Código Penal, estas recaindo sobre bens que não sejam aqueles que são produto de crime.

Até aqui, embora se ultrapasse a relação direta entre o crime e os bens obtidos como seu produto, a necessidade de demonstração da existência do proveito e a relação de equivalência, entendida como proporcionalidade, preservam certa racionalidade do sistema, especialmente porque, sendo os parágrafos dependentes do *caput*, as exigências de uma condenação com trânsito em julgado e a limitação dos valores ao proveito do crime são preservados.

b.III)O confisco alargado:

Esta racionalidade, no entanto, foi completamente quebrada pela inserção do art. 91-A no Código Penal, derivada do advento da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Com ele, instituiu-se o chamado *confisco alargado.*

A referida norma, em seu *caput* estabelece em que consiste a medida e quais os casos em que tem aplicabilidade, mediante a seguinte redação: *Na hipótese de*

condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

Primeiramente, convém observar uma incongruência, na medida em que a norma toma por base a pena máxima cominada ao crime e não – como faz o art. 92, inciso I, *b* do mesmo capítulo do Código Penal – a pena imposta, o que é incongruente, na medida em que se trata de medidas derivadas da condenação.

Em segundo lugar, estabelece-se uma relação de confisco absolutamente desvinculada da prática criminosa, ao tomar por base *a diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com seu rendimento líquido*, sob uma evidente forma de presunção de que tudo o que possua o réu que suplante o seu rendimento lícito, seria necessariamente produto de crime. Note-se que se trata de uma presunção, em matéria penal, em desfavor do réu, o que é um verdadeiro absurdo. Ademais, mesmo que se pudesse admitir tal classe de presunção em uma condição de quem já foi reconhecido como autor de crime, importa perceber que a disposição legal é prenhe de elementos normativos, passíveis de interpretação, abrindo margem a uma tremenda discricionariedade, afinal, o que determina exatamente o que é "compatível" com determinado rendimento líquido. Obviamente, nenhuma pessoa, nem mesmo os elaboradores do malfadado texto, guardam registro pessoal de absolutamente todas as despesas que fazem, de modo a poder demonstrá-las por notas fiscais, por exemplo. Ademais, em que consiste, precisamente o conceito jurídico penal de *rendimento líquido*. Sabe-se que, em contabilidade o rendimento líquido é o resultado das receitas, excluídas as despesas. Entretanto, é bastante óbvio que duas pessoas que tenham o mesmo salário podem ter hábitos de despesas muito distintos, sendo uma mais econômica do que outra. Qual o parâmetro do que é *compatível*? É bastante óbvio que a disposição encontra fácil aplicação em casos aberrantes. No entanto, ao ser uma norma geral, tem que ter aplicabilidade também aos casos difíceis, aos casos limítrofes, já que será obrigatoriamente aplicada a todos os casos de roubo, de homicídio e de tráfico de drogas, apenas para ficar em três

exemplos.

Se isso não bastasse, a única expressão razoavelmente compreensível do conceito do confisco alargado do art. 91-A do Código Penal – a expressão *patrimônio do condenado* – foi vilipendiada em sua relativa precisão pela inserção do § 1º do mesmo artigo, ao tentar avançar para além do que possa constituir um patrimônio demonstrado formalmente.

Perceba-se que, se em um primeiro momento seria lógico traduzir como *patrimônio do condenado* os bens que possua, que poderiam ser levantados através de verificação dos registros públicos e mesmo de acesso a contas bancárias, declarações de renda etc., o legislador pretendeu ir além. Está claro que não se pode desconhecer a realidade do contexto em que se desenvolvem os delitos e esperar que um criminoso deixe de ocultar seu registro patrimonial. Há suficientes exemplos de domínio público acerca dos patrimônios próprios que, formalmente, "pertencem a amigos ou familiares". Entretanto, ao invés de abrir o espectro de possibilidades de demonstração da real propriedade dos bens aferidos, preferiu-se o expediente de definir, novamente com uma série de expressões passíveis de variada interpretação, o que possa ser *patrimônio do condenado*.

Assim, a referida disposição legal expressa que *Para efeito da perda prevista no* caput *deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal*.

Abre-se, aqui, uma verdadeira coleção de incertezas. Por exemplo: o que é *domínio*. Devemos entender por *domínio* a expressão do direito civil, qual seja, o vínculo material de submissão direto e imediato de uma coisa ao poder do seu titular através do exercício das faculdades de usar, gozar ou fruir, dispor e reaver? Se for assim, tudo de que eu possa fruir é de meu domínio e por muitas vezes, em condomínio. Estes objetos e imóveis também poderão ser confiscados? Em que medida? Quando? Ou seria outro o conceito jurídico-penal de *domínio*? Para além

disso, se estabelece também que, mesmo que não haja *domínio* sobre a coisa, será *patrimônio do condenado*, para fins do artigo, aquilo que lhe traga *benefício direto ou indireto*. Pergunta-se: que classe de benefício? Econômico? Ou de outra natureza? O que caracteriza o benefício direto ou indireto? E ainda, também compõem o *patrimônio do condenado*, bens transferidos a terceiros de forma gratuita. Obviamente se trata de uma referência a uma classe qualquer de fraude. Entretanto, inclui-se também as transferências mediante *contraprestação irrisória*. Pergunta-se: o que é *irrisório* para fins de contraprestação de uma transferência? A discussão certamente cairá em um *paradoxo sorites*, pois, se pensamos que uma transferência mediante contraprestação de 1% de um valor pode claramente ser classificada como irrisória e outra que equivalha a 90%, não, qual é o limite em que se considera ainda irrisório e quando se deixa de sê-lo? Com 5%, 10%, 50%, 60%, afinal, quando?

Em resumo: o § 1º, por sua inconsistente redação, turvou o já pouco claro conceito do *caput*, abrindo passo à possibilidade de um imenso arbítrio judicial nos casos em que se veja aplicável.

As disposições dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 91-A tratam de regular procedimentalmente a forma de realização do confisco alargado. Sua redação, de regra, é também infeliz, pois sequer obedece a ordem regular da marcha processual. Vejamos.

O § 3º do art. 91-A do Código Penal estabelece que *a perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada*.

A primeira questão que vem à tona é que se o confisco alargado é uma consequência extrapenal da sentença penal condenatória, porque se exige o requerimento expresso do Ministério Público? Não é um efeito cogente da condenação? Mesmo os mais acérrimos defensores da aplicação do confisco alargado demonstraram perplexidade quanto a esta exigência[57].

Ademais, a disposição faz pressupor várias coisas. Em primeiro lugar, que já na ocasião do oferecimento da denúncia, o Ministério Público aponte qual é o patrimônio do réu, qual é o seu rendimento líquido, e que diferença de valores existe

entre este patrimônio e os rendimentos líquidos do réu. Mais do que isso, como deverá indicar tal diferença computando bens cujo domínio ou benefício direto ou indireto goze o réu, deverá também conhecer essas circunstâncias da vida dele. Tudo isso, *ab initio*. Trata-se de previsão absolutamente surreal, pois pressupõe um nível de conhecimento somente aferível a partir de uma vastíssima investigação, com larga produção probatória que demandaria um alargamento da fase pré-processual do feito, para dizer o mínimo. A interpretação contrária – admitir que a denúncia seja oferecida com a indicação de tal diferença patrimonial sem produção probatória – tornaria a denúncia inepta? O magistrado poderia receber a denúncia e rejeitar a indicação da diferença? Esta diferença indicada na prefacial vincularia o Promotor de Justiça quanto ao seu pedido final, ou descobrindo ser maior a diferença entre os bens e o rendimento do condenado no curso do processo ele poderia postular um alargamento do confisco alargado (com o perdão do pleonasmo)? Note-se que não se trata da própria acusação, mas de um pedido paralelo, que diz respeito às consequências da condenação, portanto, não se pode pensar em aditamento, contraditório etc.

Não obstante isso, o § 2º do art. 91-A do Código Penal abre passo justamente à instauração de um processo incidental dentro do processo, pois prevê que *o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio*. Ou seja: o réu pode produzir prova apta a demonstrar a compatibilidade entre seu patrimônio e seus rendimentos. Será possível recorrer de tal condenação? Como se apreciará essas provas? Tratar--se-á de uma presunção contra o réu, em matéria extrapenal, derivada de sua condenação? Parece incorreto abrir uma discussão de natureza cível no processo penal com formação do respectivo contraditório[58].

Nenhuma dessas perguntas é nem remotamente esclarecida pela norma.

Finalmente, o § 4º do art. 91-A refere que *na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada*. Ou seja, a sentença penal terá, a efeitos de confisco alargado, o caráter declaratório. Declara o juiz a diferença apurada. Como se apurará tal diferença? Este

dado passa a ser interpretado como requisito obrigatório da sentença penal condenatória quando tratar-se de crime com pena máxima superior a seis anos?

Resumidamente, pode-se dizer que não obstante seja conhecido o fato de que vários tratados internacionais sugeriram a adoção das modalidades persecutórias do lucro do crime como o confisco, por exemplo, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), promulgada no Brasil pelo Decreto n. 154/1991, e a Convenção de Mérida contra a Corrupção, em seu art. 31, § 8º, a figura do confisco alargado normalmente tem estado associada às legislações que incriminam o enriquecimento ilícito de funcionários públicos, especificando para elas o efeito extrapenal da sentença condenatória, consistente no confisco do que tal funcionário possa ter obtido para além dos seus ganhos. Nestes casos, obviamente, faz muito mais sentido o emprego da disposição e muitas das dúvidas que surgem apontadas restariam mais facilmente esclarecidas.

2.2.2 Efeitos extrapenais específicos

Além daqueles efeitos que afetam indistintamente todos os crimes, existem outros efeitos específicos extrapenais da sentença penal condenatória que são reservados para casos específicos. Eles estão descritos no art. 92 do Código Penal.[59]

A incidência de tais efeitos extrapenais específicos depende de justificativa fundamentada da própria sentença que os determina. Ou seja, somente têm lugar esses efeitos quando declinados especificamente na sentença penal condenatória, desde que devidamente fundamentados pelo magistrado, conforme determina o art. 92, parágrafo único, do Código Penal.[60]

O primeiro desses efeitos é a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo.

Evidentemente, o serviço público, seja ele exercido através de cargo, função ou mandato, demanda a representação do próprio Estado, que tem o dever do exercício do controle social.

Quando o Estado reconhece, por seu aparato mais ingente de controle social, que restou evidenciado que um de seus próprios representantes atuou de forma

intolerável, não é razoável pretender que o próprio Estado siga sendo representado por tal pessoa.

Na verdade, aquele que abraça a vida pública abre mão de parte de sua condição de agente privado, para submeter-se a uma vida de representação. Constitui uma contradição que o Estado seja controlado por violadores de regras que ele próprio se propõe a cumprir, por exigência daqueles em função dos quais ele foi criado.

Assim, existe a previsão de perda do cargo, função ou mandato públicos em duas hipóteses: quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; ou quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.

Evidentemente, no primeiro caso, não se trata da perda de qualquer cargo, mandato ou função, mas tão somente daquele cargo, mandato ou função pública em cujo exercício realizou a infração penal funcional pela qual foi condenado.[61]

A rigor, conquanto este seja um efeito extrapenal que depende de declaração fundamentada da sentença condenatória, esta evidentemente pode resumir-se a comentar o óbvio, ou seja, que a condenação penal do agente público é incompatível com o exercício do cargo, mandato ou função. Isso basta. Não é preciso qualquer fundamentação extraordinária a respeito.

Aliás, de *lege ferenda*, esse deveria ser um efeito automático das sentenças condenatórias transitadas em julgado, com vistas à preservação da própria honorabilidade estatal.

É claro que a perda do mandato, função ou cargo público refere-se àquele já exercido, nada obstando que o indivíduo novamente postule e galgue novo posto na administração pública.[62]

Entretanto, como os concursos públicos, quase que de regra, requerem como requisito de inscrição a certidão negativa criminal, naturalmente será obstado aos condenados tal acesso.

O segundo dos efeitos extrapenais específicos diz respeito à incapacidade para

o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar contra filho, filha ou outro descendente, tutelado ou curatelado. A redação que incluiu o *outro titular do mesmo poder familiar,* além da expressão *filha ou outro descendente*, foi a Lei 13.715 de 24 de setembro de 2018, visando levar à inclusão dos casos de violência de gênero e, também, adequar a terminologia a um perfil feminista politicamente correto e ampliar o alcance para outros descendentes de modo a reconhecer que a família merece proteção a despeito de onde ou contra quem seja praticado delito. Vejamos cada uma dessas alterações e seus fundamentos.

A atual redação adora a expressão *poder familiar* frente à anterior que falava em *pátrio poder*. Trata-se de um ajuste terminológico ao Código Civil de 2002. O poder familiar, como é sabido, é um conjunto de direitos e deveres dos pais em relação ao filho menor de 18 anos (não emancipado).

Por outro lado, a inclusão da expressão *outrem igualmente titular do mesmo poder familiar* na condição de vítima é uma ampliação do âmbito de aplicabilidade desta consequência da condenação penal. Segundo a redação anterior, a relação de subordinação entre réu e vítima era a tônica. Isso dissipou-se, na medida em que agora se inclui, por exemplo, o caso do agente que pratica crime contra a mãe ou o pai de seu filho. A situação promove a inclusão no rol dos crimes que podem gerar esse efeito, o crime de violência doméstica, no entanto, não se restringe à violência contra a mulher, também podendo ser a situação diametralmente inversa.

O acréscimo da expressão *filha*, embora insuflado pelos recentes modismos de emprego de terminologia feminista constitui um acréscimo absolutamente desnecessário e completamente atécnico, mesmo obedecida a pretensão que o embala. Quando o Código usava apenas a expressão *filho*, nunca se discutiu que isso incluía também a filha, por uma razão óbvia: tratava-se da expressão de um gênero. Como a palavra gênero é masculina, o *gênero de filho* era expressado com a palavra masculina, para incluir meninos e meninas. Aliás, em uma ótima comparação, seria possível comparar com a frase: - *Entre todas as espécies, a humana é a melhor dotada*; ou ainda: - *Que bela figura humana foi Gandhi*. A ninguém ocorreria afirmar

a necessidade de usar a expressão *humana* e *humano*! A razão para isso é simples: tanto a palavra espécie, quanto a palavra figura, são femininas.

A situação se mostra ainda mais esdrúxula quando segundo a redação, percebe-se que não obstante o legislador tenha incluído a expressão *filha*, não falou nada a respeito da *tutelada* nem da *curatelada*, que também estão no mesmo inciso! Além disso, usa a expressão *outro descendente*, sem incluir a expressão *outra!*

Isso bem mostra como os excessos desnecessários do "politicamente correto" podem levar – e frequentemente levam – a incongruências insalváveis.

Finalmente, cabe observar que a inclusão da expressão *outro descendente* visa alcançar para além do filho, ou seja, o neto, por exemplo. Embora a situação não seja frequente, é possível a prática de delitos de contra os descendentes para além do filho e isso traduzir-se em uma condição indicadora de incapacidade para o exercício de pátrio poder, afinal, não se exige que a perda do pátrio poder se refira à vítima do crime. Obviamente avô e avó não exercem *poder familiar* sobre seus netos, senão somente contra seus filhos. Ocorre que é perfeitamente possível, por exemplo, que um avô tenha um filho menor de idade sob seus cuidados e outro maior de idade que já gerou descendência. A prática de crime do avô contra o seu neto deve implicar necessariamente a perda do *poder familiar* sobre o filho que ainda encontra-se sob seus cuidados, afinal, a prática criminosa atinge a família. O mesmo ocorre, por exemplo, quando um pai comete um crime contra um de seus filhos e perde o *poder familiar* sobre ele e todos os demais. A razão para tanto é bem explicitada na doutrina, já que "não seria razoável, exemplificativamente, decretar a perda do poder familiar somente em relação à filha de dez anos e idade estuprada pelo pai, aguardando fosse igual delito praticado contra as outras filhas mais jovens, para que só então se privasse o genitor desse direito"[63].

Evidentemente, no caso concreto, o tipo penal pode revelar, além da violação de um preceito penal, uma atitude incompatível para com o exercício de um dever específico. Claro está que aqui, dada a variação de crimes possíveis de serem cometidos, será absolutamente necessária e lógica uma fundamentação específica que justifique tal efeito da sentença, nos casos em que couber.

Isso porque não se exige como requisito para a aplicação do efeito extrapenal que tenha ocorrido efetivo abuso do pátrio poder, da tutela ou curatela no crime pelo qual o agente é condenado.[64] Sendo assim, obviamente se faz necessário justificar, fundamentar concretamente uma razão material para a imposição do mencionado efeito extrapenal.

O terceiro caso previsto é a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Evidentemente, a disposição não se restringe a crimes em que o veículo, eventualmente, possa ter sido utilizado como arma, no caso de um atropelamento deliberado, por exemplo, mas também quando tenha sido utilizado, por exemplo, para transporte de drogas, ou para um crime de contrabando. Basta que tenha servido de instrumento para realização do crime e que o crime realizado seja doloso.

3 A REABILITAÇÃO

O Código Penal brasileiro prevê uma controversa e estranha figura:[65] a reabilitação, regulada pelo Capítulo VII da Parte Geral do Código Penal especificamente, pelos arts. 93, 94 e 95.

Através da regulamentação do instituto da reabilitação, o Estado revela vários aspectos da condenação penal que não são admitidos de modo expresso, mas que transpiram nas entrelinhas: os efeitos sociais devastadores da sentença penal condenatória e a pretensão estatal de controle da vida dos condenados para muito além da mera imposição de uma pena.

A própria origem histórica do instituto, referida por René Dotti[66] como sendo as *lettres de réhabilitation* do sistema penal francês, previstas em uma Ordenança de 1670, pelas quais o Monarca reconhecia "o efeito de apagar a nota de infâmia e restabelecer o punido em *sa bonne fame et renommé*", faz denotar seu caráter moral e sua relação com a degradação social derivada da imposição de uma pena.

Vejamos.

3.1 O que é a reabilitação

O art. 93 do Código Penal, embora tenha por *nomen juris* "Reabilitação", não oferece um conceito do instituto da reabilitação, expondo simplesmente os seus limites, ao afirmar que *"a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação*".

E, no parágrafo único do mesmo artigo 93, afirma que o instituto da reabilitação *"poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo"*, ou seja, poderá também afastar os efeitos extrapenais específicos da sentença pena condenatória, exceto a recomposição do exercício do pátrio poder ou a retomada do cargo, função ou mandato públicos.

Ao não oferecer um conceito sobre o que é a reabilitação, abre passo para que a doutrina o faça.

Bitencourt,[67] por exemplo, a entende como sendo "garantidora do sigilo da condenação, é causa de suspensão condicional dos efeitos secundários específicos da condenação".

Para Damásio de Jesus, é "reintegração do condenado no exercício dos direitos atingidos pela sentença".[68]

Segundo René Dotti, "a reabilitação é medida de Política Criminal, consistente na restauração da dignidade social e na reintegração do condenado ao exercício dos direitos e deveres sacrificados pela sentença".[69]

Para Paulo Queiroz, "a reabilitação é a suspensão, por decisão judicial, de alguns efeitos da condenação em favor do condenado que apresenta comportamento social satisfatório posteriormente à extinção da pena".[70]

Como se nota, não há qualquer uniformidade entre as concepções.

O que se aponta como objetivo da reabilitação é, segundo a letra do artigo mencionado, assegurar o sigilo sobre os registros de antecedentes criminais do condenado e, até mesmo, atingir alguns dos efeitos secundários da sentença condenatória.

Seria de questionar, então, se o conceito da reabilitação não seria simplesmente

“remoção de registros públicos a respeito da condenação”.

Parece, no entanto, que a resposta é negativa.

Isso porque, a teor do art. 94, para que possa obter a reabilitação, o condenado deverá cumprir uma série de requisitos específicos e aguardar dois anos a partir do dia em que for extinta a pena ou termine sua execução, computado o período de prova da suspensão e do livramento condicional.

Se a reabilitação consistisse unicamente na remoção dos registros criminais antecedentes daquele que alguma vez foi apenado, perderia completamente o sentido o art. 202 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84),[71] o qual prevê expressamente o sigilo dos registros do apenado imediatamente após o cumprimento da pena.[72]

Por que, então, haveria o apenado de aguardar dois anos para obter o mesmo benefício?

Não cabe, também, o argumento justificante de que a confluência de conceitos deriva de uma sucessão legislativa, e que esse elemento seria simplesmente tratado com mais detalhes em uma ou outra legislação. Isso porque ambos os dispositivos legais (o Código Penal e a Lei de Execuções Penais) são contemporâneos, vale dizer foram instituídos em 11 de julho de 1984 e entraram em vigor na mesma data.

A reabilitação, portanto, não pode consistir somente na extinção dos registros criminais do condenado e, menos ainda, se pode imaginar que o legislador tenha se ocupado inutilmente duas vezes do mesmo tema.

O item 83 da exposição de motivos do Código Penal dá uma pista a respeito dos fundamentos do instituto, ao mencionar que a declaração de reabilitação do condenado significa “*que ele está em plenas condições de voltar ao convívio da sociedade, sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos*”.

Ou seja, no dizer de Fernando Galvão, “o instituto presta-se a fornecer meios para que o condenado possa reintroduzir-se na sociedade”.[73] No mesmo sentido a opinião de Cezar Bitencourt, para quem “trata-se de medida de *política criminal* que objetiva restaurar a dignidade pessoal e facilitar a reintegração do condenado à comunidade, que já deu mostras de sua aptidão para exercer livremente a sua cidadania”.[74] E, citando Maggiore, completa: “A reabilitação se assenta em razões de

humanidade, enquanto auxilia o condenado, após a expiação ou a extinção da pena, a recuperar a reputação moral que lhe foi ofuscada pelo delito”.[75]

Vê-se, pois, que o conceito de *reabilitação* deve ser o reconhecimento do Estado, por sentença declaratória, de que uma determinada pessoa, a despeito de ter sido reprovada e condenada pelo mesmo Estado, encontra-se livre e tem pleno exercício de seus direitos de cidadania em condições iguais a todos os demais cidadãos.

Portanto, trata-se de um reconhecimento implícito dos efeitos deletérios produzidos pelo cárcere.

A uma, porque o Estado vê necessidade de um processo de reabilitação. Só se reabilita quem foi, de algum modo, inabilitado. Esse é o reconhecimento de que a pena não consiste apenas em um castigo penal, imposto pela contrição da liberdade derivada da condenação, mas sim a promoção de um estigma social permanente, bem detectado pela criminologia pela teoria do *labeling approach*.[76]

A duas, porque se a prisão efetivamente reabilitasse, a saída dela, com pena cumprida, implicaria imediatamente no reconhecimento de sua aptidão para o convívio social. Mas o Estado requer outro prazo e o cumprimento de diversas condições.

Veja-se que a natureza jurídica da decisão que reconhece a reabilitação é declaratória, posto que declara que o sujeito encontra-se reabilitado. Reconhece-se, pois, sua condição de pessoa apta ao convívio social.

3.2 Dos requisitos da reabilitação

É o art. 94 do Código Penal[77] que estabelece os requisitos para a concessão da reabilitação, que são os seguintes: (a) o fluxo de dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional não revogados; (b) ter o réu permanecido com domicílio no País no mencionado prazo; (c) ter o réu dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; e (d) ter o réu ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstrado a

absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou ainda, exibir documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

É preciso analisar cada um desses requisitos.

3.2.1 O prazo de dois anos

O fluxo do prazo de dois anos, desde que tenha o réu se livrado do cumprimento da pena ou de sua suspensão ou livramento condicional não revogados, demonstra claramente que o Estado reconhece a ineficiência reabilitadora da prisão.

Que sentido teria exigir-se o fluxo de um transcurso de tempo depois do cumprimento de pena, caso a pena mesma tivesse promovido a recuperação do condenado para o convívio social. Ao estabelecer um prazo para declarar o egresso *reabilitado*, o que se está reconhecendo, implicitamente, é que somente o convívio social regular, na sociedade normal, permite que o indivíduo recupere sua capacidade de relacionar-se socialmente.

A prova mais evidente é a análise *contrario sensu* da reabilitação. Ou seja, a percepção de que o Estado não reconhece reabilitado, em hipótese nenhuma, o sujeito com passagem pelo cárcere, desde sua saída até o fluxo de dois anos de convívio social.

Logo, o Estado declara expressamente desconfiar do resultado produzido pelo cárcere, sabidamente dessocializante.

3.2.2 A permanência no país

O Estado brasileiro, para declarar o egresso reabilitado, exige que, após o cumprimento da condenação, o réu permaneça com domicílio no país pelo menos por dois anos.

A exigência é absurda e não faz qualquer sentido.[78]

Em primeiro lugar, porque no mundo globalizado de hoje, não há garantia alguma de que as oportunidades de vida (trabalho, família etc.) ocorram no território nacional.

Em segundo lugar, porque exigir essa permanência é seguir tolhendo, em certa

medida, a liberdade do egresso, quando ele já cumpriu a pena. Trata-se, no fundo, de uma nova pena, agora restritiva e não privativa da liberdade.

Note-se que a vigilância sobre a vida do egresso não pode existir, uma vez que ele já cumpriu pena. Ademais, não realizando ele qualquer conduta proibida pelo Direito penal, está o Estado – como de resto está para todo e qualquer cidadão que não tenha passado pelo cárcere – obrigado a reconhecer o seu comportamento social como bom. Afinal, o que não está proibido, está permitido. Existe uma presunção geral de comportamento social aceitável que só é rompida pela prática delitiva.

Tampouco tem sentido que se exija a permanência do domicílio no país para oferecer a declaração de reabilitação em função das possibilidades de constatação efetiva de tal reabilitação, porque o Estado não fiscaliza necessariamente as atividades do Egresso, nem tampouco pode exigir que este lhe preste contas.

Há quem questione, inclusive, a constitucionalidade de tal exigência.[79]

3.2.3 O bom comportamento público e privado

O inciso III do art. 94 exige, para a declaração de reabilitação, que o réu tenha dado, durante o período de dois anos exigido para a concessão da declaração de reabilitação, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado.

Pergunta-se: qual é o juízo moral possível do que significa *bom* comportamento? Quem atestará este *bom* comportamento no âmbito público? E no âmbito privado? Quem fiscaliza se o comportamento está sendo ou não *bom* e quem alerta o egresso a respeito disso? O que pode ser considerado demonstração *efetiva* de tal bom comportamento? Com que *constância* este *bom* comportamento deve ser *demonstrado*? E para quem?

Trata-se, como visto, de uma impressionante obra ficcional.

O nosso vetusto Código de Processo Penal chega a apontar como sendo a polícia o órgão responsável pela expedição de documento *certificando* o bom comportamento do reabilitando, denotando, com isso, um impressionante resquício fascista.[80]

Essa fiscalização simplesmente não existe e a produção de tal prova, se for levada a sério, é impossível, se não for, é um requisito absolutamente vazio.

3.2.4 O ressarcimento do dano

O único requisito com algum sentido para a declaração da reabilitação, e com possibilidade prática de aplicação, parece ser a reparação do dano.

Em primeiro lugar, porque tem um efeito minimizador sobre as consequências sociais do delito muito mais valoroso do que a imposição da pena ao réu, especialmente do ponto de vista da vítima.

Em segundo lugar, porque pode ser demonstrado documentalmente, sem maiores problemas probatórios.

Em terceiro lugar, porque constitui uma demonstração efetiva de uma atitude de resgate social, de busca de convivência harmônica e de reconhecimento de que o delito constituiu um erro a ser reparado.

Entretanto, esse requisito não é plenamente aplicável, porque nem todos os delitos pressupõem um prejuízo reparável, tampouco uma vítima definida. Assim, só tem cabimento o seu cumprimento em contados casos.

Além disso, mesmo nas situações em que há uma vítima e um prejuízo definidos e identificados, pode ser que as condições econômicas do egresso não o permitam proceder a reparação do dano, ao menos até a data do pedido.

Nesses casos, também estará o egresso dispensado de proceder tal reparação.

É possível concluir, pois, que esse requisito, o único com algum sentido para a declaração de reabilitação, tem cumprimento extremamente limitado.

3.3 O procedimento de reabilitação

A obtenção da declaração estatal de reabilitação pressupõe um pedido formal ao juiz.

Isso é o que deixa entrever o parágrafo único do art. 94, ao afirmar que *negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários*.

Fica evidente, pois, que há um pedido, instruído com os documentos pelos quais se visa comprovar o cumprimento dos requisitos para a obtenção de tal declaração.

A competência para a declaração da reabilitação é do juízo da condenação e não do juízo da execução da pena, consoante preceitua o art. 743 do Código de Processo penal.[81]

3.4 A revogação da reabilitação

Se todo o instituto da reabilitação parece surrealista, mais absurdo resulta que se possa revogá-la.

Há previsão expressa de revogação da reabilitação no art. 95 do Código Penal.[82]

Essa revogação pode dar-se de ofício ou a requerimento do Ministério Público, sempre que o reabilitado tenha sido condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

Esse dispositivo legal contraria toda a natureza da reabilitação, tornando-a letra morta e um instituto inútil.

Afinal, se a decisão que reabilita é declaratória de um estado em que se encontra o egresso, ou seja, que o egresso está reabilitado, não é possível negá-lo *a posteriori*. Isso porque uma decisão declaratória simplesmente declara um estado passado, algo que constada como ocorrido. Ou seja: ou o egresso reabilitou-se, recuperou sua condição de convívio social, ou não se recuperou. O que não é possível é uma declaração de que ele recuperou-se condicionada a uma cláusula resolutiva!

Isso não faz o menor sentido, salvo que se queira reduzir o instituto – equivocamente, como já demonstrado na análise do conceito de reabilitação – a um simples controle de registro de antecedentes criminais.

Nesse caso, haveria, além de tudo, uma confusão absurda entre os conceitos de reincidência e reabilitação que não podem ser, de modo algum, sobrepostos.[83]

O argumento de que o procedimento de reabilitação não faz coisa julgada material reavivando os registros em caso de nova ocorrência criminal não tem cabimento, posto que aqui não se está discutindo a forma procedimental do instituto,

mas sim sua motivação de fundo, seus fundamentos. O mesmo Estado que declara que esse sujeito está apto ao convívio social não pode, em um momento futuro, simplesmente negar que ele esteve apto a tal convívio. Seria uma verdadeira traição do Estado para com toda a população que convive com o egresso.

---

1 A forma, no processo civil, não traduz garantia, senão que pode ser vilipendiada sempre, em busca da efetividade do direito material, tanto que há previsão expressa no art. 277 do Código de Processo Civil de 2015 neste sentido: "Art 277. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade."

2 Veja-se, criticamente a respeito do emprego de tortura em interrogatórios nos chamados *ticking-time bomb cases*, exposto em Luís Greco e Bernd Schünemann. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados 'casos de bomba relógio' e comentário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/jun. 2009, p. 7 ss, bem assim extenso comentário sobre as atrocidades de Guantánamo e Abu Grahib em, Francisco Muñoz Conde. *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo.* Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 131 ss.

3 DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito processual penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 24.

4 Assim, por exemplo, em NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal. Parte Geral.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 342; FRAGOSO, Helen Cláudio. *Lições de Direito penal, Parte geral.* 15. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 403; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 810; BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008, p. 394; TELES, Nei Moura. *Direito penal. Parte Geral.* São Paulo: Atlas, 2004. v. I, p. 540; MESTIÉRI, João. *Manual de Direito penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 318; GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito*

penal. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 927; GRECO, Rogério.*Direito penal. Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2010. v. I, p. 667; QUEIROZ, Paulo*Direito penal. Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 420.

5 Nesse sentido, aliás, a lição de Francesco Antolisei. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 11. ed. Atualizada por Luigi Conti. Milano: Giuffrè, 1989. p. 50-51. No Brasil, esse posicionamento crítico foi adotado por Luiz Vicente Cernicchiaro. *Estrutura do Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 141.

6 Vide art. 5º, LIV, da Constituição da República: "ninguém será privado da liberd. ou de seus bens sem o devido processo legal".

7 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto*Tratado*... cit., p. 792. Não se desconhece as modernas tendências à reinclusão da vítima no conflito através da chamada justiça restaurativa (sobre o tema, veja--se: TAMARIT SUMALLA Josep (Coord.). *La justicia restaurativa*: desarrollo y aplicaciones. Granada: Comares, 2012; ZEHR, Howard.*Trocando as lentes. Um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008; PALLAMOLA, Raffaella da Porciúncula*Justiça Restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCrim, 2009), porém, não se assume aqui o reconhecimento de uma apropriação indevida do conflito penal por parte do Estado. Apenas se reconhece que se a matéria pode ser devolvida para o âmbito conciliatório direto entre as partes, sem necessidade da interferência estatal, esse é um seguro indicativo de que a própria matéria não possui o caráter penal. Daí o entendimento de que o chamado Juizado Especial Criminal, por seu caráter transacional, trabalha com Direito administrativo e não Direito penal, propriamente dito.

8 Para uma ampla análise sobre as condições da ação, detalhadamente, veja-se: BOSCHI, José Paganella*Da ação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 145 ss.

9 Cf. DOTTI, René Ariel.*Curso de Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 732.

10 Aqui segue-se a opinião de René Ariel Dotti (DOTTI, René Ariel. *Curso*... cit., p 733), quem menciona em contraposição, o posicionamento de Afrânio Silva Jardim, para quem a *justa causa*, como lastro probatório mínimo para a

propositura da ação penal, deve constituir-se em uma condição da ação em separado. Confira-se em Afrânio Silva Jardim. *Direito Processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 140 e 146. Na mesma linha de Silva Jardim: GRECC Rogério. *Direito penal*... cit., p. 652 e 655-656.

11 O anteprojeto de novo Código de Processo penal acaba com a ação penal de iniciativa privada, ampliando, no entanto, as hipóteses de ação penal pública condicionada à representação.

12 Veja-se, por exemplo: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 677 ss; DOTTI, Rei Ariel. *Curso*... cit., p. 737 ss; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 793.

13 Veja-se, por exemplo: LYRA, Roberto. *Teoria e prática da Promotoria Pública*. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 15; DIAS, Máric *Ministério Público Brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. t. I, p. 51-52; 314-315; e MARQUES, J. B. de Azevedo *Direito e Democracia* – o papel do Ministério Público. São Paulo: Cortez, 1984, p.10-11.

14 Como atividade estatal, a política criminal é compreendida como um conjunto de políticas estatais desenvolvida dentro da esfera criminal, mediante o direcionamento do sistema punitivo para o cumprimento de funções determinadas. Sobre o tema veja-se: BUSATO, Paulo César. *Fundamentos de Direito penal brasileiro*. 3. ed. Curitiba: Paulo César Busato, 2012. p. 56 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid: Colex, 2001. p. 22 ss; e ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. de Miguel Izquierdo Macías-Picavez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1979. p. 3-4.

15 Nesse sentido: LYRA, Roberto. *Teoria e prática*... cit., p. 144-147 e 227.

16 Veja-se, a respeito, comentários em, Paulo Rangel. *Direito processual penal*. 7. e Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 209 ss.

17 Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

18 Art. 100, § 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

19 Art. 145. Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queix

salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal. Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do *caput* do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código.

20 Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar--lhe mal injusto e grave: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

21 Nesse sentido: OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo penal.* 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 111; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 793.

22 Veja-se, a respeito, a redação dada ao inciso V do art. 111 do Código Penal: Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: [...] V – nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal".

23 Para detalhes sobre o tema e a fundamentação dos posicionamentos contrapostos, veja-se: MACHADO, Antonio Alberto.*Curso de Processo penal.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 45 ss.

24 A hipótese é aventada por Luiz Flávio Gomes e, Antonio García-Pablos de Molina. *Direito penal*... cit., p. 912.

25 Art. 102. A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.

26 Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*... cit., p. 913.

27 Há quem mencione a existência de uma classificação de *ação penal de iniciativa privada personalíssima*, referindo-se a situações onde há impossibilidade sucessória da legitimação ativa. Parece, no entanto, que essa subdivisão não tem qualquer sentido prático ou teórico. Fazendo menção ao tema: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 795-796.

28 Art. 100, § 2º A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

29 Art. 100, § 3º A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação

pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

30 Art. 103. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

31 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 794.

32 Art. 167. Nos casos do art. 163, do inciso IV do seu parágrafo e do art. 164, some se procede mediante queixa.

33 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 795.

34 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 795.

35 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 795.

36 Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

37 Art. 104. O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa tacitamente.

38 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 799.

39 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 799.

40 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 799.

41 Art. 105. O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.

42 Art. 106. O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito: I – se concedido qualquer dos querelados, a todos aproveita; II – se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros; III – se o querelado o recusa, não produz efeito. § 1º Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação. § 2º Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.

43 Cf. nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 801.

44 Veja-se, a respeito, Capítulo 11 deste livro.

45 Veja-se comentários mais amplos sobre o tema em René Ariel Dotti. *Curso*... cit., 739-740.

46 Veja-se, a respeito da classificação dos tipos como complexos: GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*... cit., p. 529.

47 Art. 101. Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

48 Adotando tal classificação: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 769

49 O tema foi abordado de forma sistematizada, primeiramente por SUTHERLAND, Erwin H. *Crime de colarinho branco.* Trad. de Clécio Lemos, Rio de Janeiro: Revan, 2015.

50 Sobre o tema, veja-se BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 136 e ss.

51 Art. 91. São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. § 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

52 Veja-se o art. 575, inciso IV.

53 NUCCI, Guilherme de Souza. *Reformas do Processo Penal.* São Paulo: Verbo Jurídico, 2008. p. 257.

54 OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso*... cit., p. 584.

55 O tema era tratado já nas Ordenações Filipinas, em seu Livro V, Título CXXVII, mesmo no Código Penal de 1940, no seu art. 74, inciso II, *b*.

56 Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição,

movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Para uma ampla análise crítica do tipo da lavagem de dinheiro e a busca de um fundamento material de *lege ferenda* para a incriminação em questão, veja-se: LAUFER, Christian.*Da lavagem de dinheiro como crime de perigo*: o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira. Dissertação apresentada ao programa de mestrado em Direito da UFPR, 2012, especialmente p. 94 ss.

57 Veja-se, a respeito o comentário de CARDOSO, Francisco de Assis Machado. “O confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime”, *in Lei Anticrime. Comentários à Lei 13.964/2019.* [Org. – Renee do Ó Souza], Belo Horizonte: De Plácido, 2020, pp. 307-308.

58 Também crítico a providências desta natureza, *idem*, p. 308.

59 Art. 92. São também efeitos da condenação: I – a perda de cargo, função pública mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

60 Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo motivadamente declarados na sentença.

61 Partilhando tal opinião: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 772.

62 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 773.

63 CUNHA, Rogério Sanches.*Manual de Direito Penal. Parte Geral.* 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 525.

64 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 774.

65 Bitencourt refere que o art. 93 do Código Penal “presta-se para induzir a equívoco de interpretação”. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto.*Tratado*... cit., p. 776.

66 DOTTI, René Ariel. *Curso*... cit., p. 701.

[67] Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 776.

[68] JESUS, Damásio Evangelista de.*Direito penal. Parte Geral.* 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 697.

[69] DOTTI, René Ariel. *Curso*... cit., p. 701.

[70] QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*... cit., p. 438-439.

[71] Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

[72] Nesse sentido o comentário de, Jair Leonardo Lopes. *Curso de Direito penal. Pa Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 243. Também Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado*... cit., p. 776.

[73] GALVÃO, Fernando. *Direito penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 79

[74] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 776.

[75] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 776.

[76] Sobre o tema veja-se, com profundidade: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE Manuel da Costa. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena.* Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 342 ss. Para um balanço e perspectivas da mencionada teoria, veja-se: HASSEMER, Winfried; MUÑO CONDE, Francisco.*Introducción a la Criminología.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 161 ss.

[77] Art. 94. A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I – tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; II – tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; III – tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida. Parágrafo único. Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

[78] De modo mais sutil, a crítica de Bitencourt, no sentido de que o texto é de *difícil compreensão*. BITEN-COURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 777.

[79] Por exemplo: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... cit., p. 777.

[80] Art. 744. O requerimento será instruído com: [...] II – atestados de autoridades policiais ou outros documentos que comprovem ter residido nas comarcas indicadas e mantido, efetivamente, bom comportamento; [...].

[81] Art. 743. A reabilitação será requerida ao juiz da condenação, após o decurso de quatro ou oito anos, pelo menos, conforme se trate de condenado ou reincidente, contados do dia em que houver terminado a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, devendo o requerente indicar as comarcas em que haja residido durante aquele tempo.

[82] Art. 95. A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

[83] Sobre a relação entre reincidência, antecedentes e reabilitação, procedi extensa análise em Paulo César Busato. Antecedentes, reincidência e reabilitação à luz do princípio de culpabilidade. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 441 ss.

BIBLIOGRAFIA GERAL

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la polític populista. *La insostenible situación del Derecho penal.* Trad. de Ricardo Robles Planas. Granada: Comares, 1999.

_____. *Criminologia. Uma fundamentação para o Direito penal.* Trad. de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lume Juris, 2010.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto.* Granada: Comares, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

AMBOS, Kai; MEINI, Iván. *La autoría mediata.* Lima: Ara, 2010.

AMBROSIUS, Jürgen. *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung.* Berlin: Neuwied, 1966.

ANCEL, Marc. *A Nova Defesa Social.* Trad. de Osvaldo Melo. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANDERSON, Elijah. Code of the street: decency, violence, and the moral life of th inner city. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Movimentos contemporâneos do controle d crime. *Boletim do IBCCrim*, ano 15, nº 184, São Paulo: IBCCrim, mar. 2008.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Estudos e Pareceres em Direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho penal. Parte General.* Trad. de Juan del Rosal e Angel Torío López. Buenos Aires: U.T.E.H.A., 1960.

_____. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale.* Atualizada por Luigi Conti. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1989.

ANTÓN ONECA, José. Los fines de la pena según los penalistas de la lustración *REP*, Madrid: REP, 1964.

_____. *Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 al 1945.*

Salamanca: Universidad de Salamanca, 1944.

ARENDT, Hannah.*Sobre la violencia.* Trad. de Guillermo Solana. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

ARISTÓTELES*Ética a Nicômaco.* Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

AUSTIN, J. L.*Cómo hacer cosas con palabras.* Trad. de Genaro Carrió e Eduardo Rabossi. Barcelona: Paidós, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Direito penal e emoções: uma análise da culp jurídico-penal a partir da personalidade do agente materializada no fato criminoso. Temas Criminais. A ciência do Direito penal em discussão. Org.: Denis Sampaio e Orlando Faccini Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.*Princípios de Derecho penal.* 5. ed. Madrid: Akal, 1998.

_____. Principio de Culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código Penal: presupuestos e fundamentos. *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Dirigido por Carlos María Romeo Casabona. Granada: Comares, 1999.

_____. *Derecho penal. Parte General.* 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____. *Hacia el nuevo Derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

_____. *Principios de derecho penal. Parte general*. Madrid: Akal/Iure 1990.

_____. *Principios del Derecho penal.* 5. ed. Madrid: Akal, 1998.

BACILA, Carlos Alberto.*Estigmas. Um Estudo sobre os preconceitos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BALESTRA, Carlos Fontán*El elemento subjetivo del delito.* Buenos Aires: Depalma, 1957.

BAR, Carl Ludwig von.*Gesetz und Schuld im Strafrecht.* 1ª reimp. de Goldbach, Keip. Berlin: J. Guttentag, 1997.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Cuadernos de política criminal*, nº 24. Madrid: Edersa – editoriales de Derecho reunidas, 1984. p. 533-551.

_____. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito penal.* Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. *Criminología y sistema penal*. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faria 2004.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de*Direito Penal, parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alessandro; SLOKA Alessandro. *Direito penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____. *Matrizes ibéricas do Sistema Penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz Fux*Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal – A Lei nº 9.099/95 e sua Doutrina Mais Recente*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BATTAGLINI, Guilio. *Diritto Penale*: *parte generale*. Padova: CEDAM, 1949.

BAUMAN, Zygmunt*Globalização*. Trad. de Marcus Penschel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. *Libertad*. Trad. de Antonio Bonnano. Buenos Aires: Losada, 2007.

_____. *Tempos Líquidos*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BAUMANN, Jürgen*Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Trad. de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1981.

BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana)*De los delitos y de las penas*. Trad. de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza, 1986.

_____. *Dos delitos e das penas*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo Revista dos Tribunais, 1996.

BECK, Ulrich*La sociedad del riesgo*. Trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BELING, Ernst von*Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

_____. Die Lehre von Verbrechen. Tübingen: J.C.B. Mohr/Paul Siebeck, 1906.

BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. 2. ed. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BERGALLI, Roberto. *Sistema penal e intervenciones sociales*. Barcelona: Hacer, 1993.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 4. ed. Lima: Ed. Roa, 1998.

BERNER, Albert Friedrich. Entwurf zu einer phänomenologischen Darstellung der bisherigen Straftheorien sowie zu einer begriffsmässigen Vereinigung der relativen Theorien mit der absoluten. *Archiv des Criminalrechts,* Halle: C. A. Schwetschte und Sohn, 1845.

BETTIOL Giuseppe. *Instituzioni di diritto e procedura penale*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1973.

_____. *Direito penal.* 2. ed. Trad. de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. I.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Juristische Prinzipienlehre*. Reimp. de 1894. Aalen: Scientia, 1979. t. I.

BIERLING, Ernst Rudolph. *Zur Kritik der Juristiche Grundbegriffen.* Reimp. de Gotha 1877-1883. Aalen: Scientia, 1965.

BINDING, Karl. *Compendio di diritto penale.* Trad. de Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, 1927.

_____. *Die normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtsmäßige Handlung und die Arten des Delikts.* Leipzig: Verlag Wilhelm Engelmann, 1872. v. 1.

_____. *Die Normen und ihrer Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handeln und die Arten des Delikts*. 2. ed. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1890. v. II, 1.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Über das Erfordernis einer Rechtverletzung zu Begriffe des Verbrechens. *Archiv des Kriminalrechts*, Neue Folge, 1834.

_____. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.* Trad. de Jose Luiz Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão.* São Paulo: Revista dos

Tribunais, p. 1993.

_____. *Juizados Especiais Criminais Federais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Novas Penas* Alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Tratado de Direito penal*. *Parte Especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

_____. *Tratado de Direito penal*. *Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. (9. ed. 2004, 11. ed. 2007, 13. ed. 2008, 15. ed. 2010 e 16. ed. 2011). v. 1.

_____. Tratado de direito penal. Parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

_____. Tratado de direito penal. Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

_____; PRADO, Regis. *Elementos de Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 1.

_____. Aspectos procedimentais e político-criminais dos crimes disciplinados na nova lei falimentar. *Boletim IBCCrim,* n. 148. São Paulo: IBCCrim, mar. 2005.

_____. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Falência da Pena de Prisão. Causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BLANCO BOZANO, C. *La Ley*. Madrid: La Ley, año XXII, nº 5243, 8 feb. 2001.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Márcio Pugliesi, Édson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Claus. *Direito penal. Parte Geral*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001. v. I.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Da ação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*, nº 133, ano 34. Brasília, jan./mar. 1997.

_____. Culpabilidade: sua análise dogmática e no Direito penal brasileiro. *Revista de*

Ciências Penais, nº 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2004.
_____. *Curso de Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008.
_____. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
BRITO, Alexis Couto de.*Execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
BRODT, Luiz Augusto Sanzo.*Da consciência da ilicitude no Direito penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
BRUNO, Aníbal.*Direito penal. Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. II.
_____. *Direito penal. Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. I.
_____. *Direito penal. Parte Geral*. 5. ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. II.
_____. *Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. t. III.
BURI, Maximilian von. Zur Lehre vom Versuche *Der Gerichtsaal*, nº 19. Erlander: Ferdinand Enfe, 1867.
_____. Uber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf der Versuch. *En Der Gerichtssaal*, 40. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1888.
BUSATO, Paulo César (Org.).*Ler Beccaria Hoje*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
_____. *Fundamentos do Direito penal brasileiro*. 3. ed. Curitiba: Paulo César Busato, 2012.
_____. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
_____. A progressão de regime prisional como exigência teleológica funcional do sistema de execução penal. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 9, nº 2. Itajaí: Univali, 2004.
_____. A reaproximação dos sistemas jurídicos ocidentais. Sintoma de evolução da política jurídica. *Revista Jurídica Mater Dei*, v. 5, p. 51-76. Pato Branco: Mater Dei, 2004.
_____. Ejecución penal y ciudadanía global: la discriminación en el régimen progresivo de cumplimiento de pena para el extranjero en Brasil. *Revista General de Derecho Penal*, v. 11, 2009.
_____. Regime disciplinar diferenciado como produto de um Direito penal do

inimigo. *Revista de Estudos Criminais*, nº 14. Porto Alegre: Notadez, 2004.

_____. Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito Penal.*Revista dos Tribunais*, v. 809, ano 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Valoração Crítica da *Actio Libera in Causa* a partir de um conceito significativo de ação. *Revista de Estudos Criminais*, v. 10. Porto Alegre: Notadez, 2003.

_____. "A culpabilidade por condução de vida na obra de Aníbal Bruno", *in O passado e o futuro na teoria do delito de Aníbal Bruno*. [Kai Ambos e Paulo de Sousa Mendes – Org.]. São Paulo: Marcial Pons, 2017, pp. 79-108.

_____. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

_____. *Direito penal & ação significativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito penal e Ação Significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Fatos e Mitos sobre a imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008.

_____. *La tentativa del delito. Analisis a partir del concepto significativo de acción*. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Valoração crítica da actio libera in causa a partir de um conceito significativo de ação Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 1, n. 2 – jul.-dez. 2009. Curitiba: FAE-Centro Universitário Franciscano, 2009.

_____; GUARAGNI, Fábio André*Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____; MENDES, Sílvia de Freitas. Prescrição e ato infracional. Um pano de fund para a discussão sobre o curto e o longo prazo do discurso infracional. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, v. 24, p. 254-277, 2010.

_____; MONTES HUAPAYA, Sandro*Introdução ao direito penal. Bases para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos*Modernas tendências sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código penal brasileiro. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 83-132, jun. 2017. Disponível em:

<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/21>. Acesso em: 19 out. 2017.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREE, Hernán. Pena e esta *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.

_____. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997. v. I.

_____; LARRAURI, Elena. *Imputación Objetiva.* Bogotá: Themis, 1998.

_____. *Manual de Derecho penal español. Parte general*. Barcelona: Ariel, 1984.

_____. "Liberdade de ação *versus* neurociências no Direito penal da culpabilidade", *in Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 145*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CALIXTO, Negi. A propósito da extradição: a impossibilidade do STF apreciar o mérito no processo de extradição. Indisponibilidade do controle jurisdicional na extradição. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, nº 109, jan./mar. 1991.

CALLEGARI, André Luís. Nova lei de drogas – da combinação de leis (*lex tertia*) – fato praticado sob a vigência da Lei 6.368/76 e aplicação da nova Lei nº 11.343/06. *Boletim do IBCCrim,* ano 14, nº 170. São Paulo: IBCCrim, jan. 2007.

CAMARGO, Antonio Chaves de. *Culpabilidade e reprovação penal.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Crisis del lado subjetivo do hecho? *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo.* Coord. por José Miguel Zugaldía Espinar, Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2004. v. 1.

CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia. *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. *Derecho penal: concepto e principio constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal.* Trad. de José Luiz V. de Franceschini e Prestes Barra São Paulo: Saraiva, 1956. t. I.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Sucessão das leis penais.* Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

CARVALHO, Amílton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amílton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Anti-manual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21, v. I, Alicante: Instituto Juan Gil – Albert, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1998.

CEREZO MIR, José. Culpabilidad y pena. *Problemas Fundamentales del Derecho penal.* Madrid: Tecnos, 1982.

_____. El concepto material de culpabilidad. *Revista Peruana de ciencias penales*, año III, nº 6. Lima: GC Ediciones, 1995.

_____. *Curso de Derecho penal español. Parte General.* 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. t. II.

_____. *Curso de Derecho penal español. Parte General.* 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. t. I.

_____. *Derecho penal. Parte General.* São Paulo-Lima: Revista dos Tribunais-ARA Editores, 2007.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Estrutura do Direito penal.* 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hasan. A prescrição e a Lei nº 9271/96. *Boletim do IBCCrim*, nº 42. São Paulo: IBCCrim, jun. 1996.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte general.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987. (5. ed. 1999).

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. Complementariedad de la tutela penal e administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde las perspectivas do derecho penal. *Las fronteras do Código Penal de 1995 e el derecho administrativo sancionador*. Cuadernos de derecho judicial, p. 439-496. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. El limite entre dolo e imprudência. *Comentários a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor

1992.

_____. *El delito imprudente. Critérios de imputacción del resultado*. Barcelona: PPU, 1989.

CÓRDOBA RODA, Juan. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Barcelona: Bosch, 1962.

_____. *Una nueva concepción del delito*. Barcelona: Ariel, 1963.

COSTA JR., Heitor. Aspectos da parte geral do anteprojeto do Código Penal. *RT*, nº 555. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1982.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal – curso completo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

COSTA, Domingos Barroso da. O rasgo na rede de proteção – uma análise crítica acerca das respostas do Estado brasileiro aos fenômenos da violência e da criminalidade na sociedade de consumo. *Boletim do IBC-Crim*, ano 16, nº 189. São Paulo: IBCCrim, ago. 2008.

COSTA, José de Faria. Ler Beccaria Hoje. Prólogo do livro *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.

COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. *Tentativa e dolo eventual*. Coimbra: Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1995.

COULANGES, Foustel de. *A cidade antiga*. Trad. de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CREUS, Carlos. *Esquema de Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 1993.

CUELLO CALLÓN, Eugenio. *Derecho penal*. 6. ed. Barcelona: Bosch, 1943. t. I.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario?* Trad. de Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2011.

DARWIN, Charles. *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life.* London: John Murray, 1859.

DE VICENTE REMESAL, Javier. *El comportamiento postdelictivo.* León: Universidad de León, 1985.

DELIUS, Christoph; GATZMEIER, Matthias; SERTCAN, Deniz; WÜNCHL, Kathleen. *Historia da Filosofia, da antiguidade aos dias de hoje.* Trad. de JM Consultores. Colônia: Könemann, 2001.

DELMANTO, Celso. Direitos públicos subjetivos do réu no CP. *RT*, nº 554. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1981.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados Especiais Criminais. Comentários.* Rio de Janeiro: Aide, 1996.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *La tentativa en la autoría mediata y en la* actio libera in causa. Granada: Comares, 2003.

DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e delicta mere prohibita. Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it?: sobre a (in)capacidade de "ressonância" do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, nº 13, 2003.

DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito processual penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena.* Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Resultados y problemas en la construcción de un sistema de Derecho penal funcional y "racionalmente" final. *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin.* Coord.: J. M. Silva Sánchez, B. Schünemann e J. de Figueiredo Dias. Barcelona: José María Bosch, 1995.

_____. *Direito penal português. As consequências Jurídicas do Crime.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Direito Penal. Parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I.

_____. *Liberdade. Culpa. Direito penal.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *Direito penal. Parte Geral I: questões fundamentais e doutrina geral do crime*. São Paulo-Coimbra: Revista dos Tribunais-Coimbra Editora, 2007.

_____. *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*. 3. ed. Coimbra, 1987.

_____. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Mário. *Ministério Público Brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. t. I.

DÍAZ PITA, María del Mar. ¿Qué queda de la causalidad? *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, nº 4, 2ª época. Madrid: UNED, jul. 1999.

_____. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

_____. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

DICKE, Detlev Chr. Zur Problematik des untauglishen Versuchs. En *Juristische Schulung:* Zeitschrift fur Studium und praktische Ausbildung. München: C. H. Beck, 1968.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

DIMOULIS, Dimitri. Da "Política Criminal" à política de igualdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2000.

_____. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DOHNA, Alexander Graf zu. *La Estructura de la teoría del delito*. Trad. de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

_____. *La Ilicitud* – La estructura de la teoría del delito. Trad. de Carlos Fontán Ballestra. Buenos Aires: Librería el Foro, 2006.

DONNA, Edgardo Alberto. El concepto objetivado de dolo. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2003.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Curso de Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de Direito Penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. (2. ed. 2005)

_____. *Bases e alternativas para o sistema de penas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais. Revista dos Tribunais, n. 664 – fev. 1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Apresentação. In: LEITE, Alaor. Domínio do fato ou domínio da posição? Autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016.

_____. *A posição sistemática da culpabilidade.* Porto Alegre: Nura Fabris, 2013.

_____. *O incesto.* Curitiba; Guignone, 1975.

DURKHEIM, Émile. *As regras do Método Sociológico.* Trad. de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O suicídio. Estudo de sociologia.* Trad. de Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador.* Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. 2 v.

ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände.* Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931.

_____. *Introdução ao Pensamento Jurídico.* 10. ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

_____. *La teoría de la libertad de la voluntad em la actual doctrina filosófica del Derecho penal*. Trad. de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2006.

_____. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlim: Otto Liebmann, 1930.

_____. *Vom Weltbild des Juristen*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1965.

ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz. El consentimiento en derecho pen[al]. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

ESER, Albin, Una justicia penal "a la medida do ser humano. Visión de un sistema penal e procesal orientado al ser humano como individuo e ser social". *Revista de Derecho penal e Criminología*, 2ª Época, nº 1, p. 131-152. Madrid: UNED, 1999.

ETZEL, Rogério. "Individualização judicial da pena: uma nova abordagem sobre o

cálculo dosimétrico no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes", *in Revist Magister de Direito penal e processual penal n. 49,* ago.-set. de 2012. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2012.

FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. Barcelona: Librería Bosch, 1986.

FAYET JÚNIOR, Ney.*Do crime continuado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo.*Resultado lesivo e imprudencia*. Barcelona: J. M. Bosch, 2001.

_____. *Retribución y prevención general*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007.

FEINBERG, Joel.*The moral limits of criminal law. vol. I. Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984.

_____. *The moral limits of criminal law. vol. I. Harm to self*. New York: Oxford University Press, 1989.

_____. *The moral limits of criminal law. vol. II. Offense to Others*. New York: Oxford University Press, 1985.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan.*Derecho penal fundamental. Teoría general do delito e punibilidad*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1984. v. II.

FERRAJOLI, Luigi. La pena in una società democratica*Questione giustizia (03-04)*. Milano: FrancoAngeli, 1996.

_____. *A soberania no mundo moderno*. Trad. de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Derecho y Razón*. Trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés Madrid: Trotta, 1997. (4. ed. 2000).

FERRARI, Eduardo Reale.*Prescrição da ação penal. Suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, Will Terra; BRITO, Alexis Couto de.*Direito penal brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von.*Tratado de Derecho penal*. Trad. de

Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.* 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FISCHER, Hans Albrecht. *Die Rechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*. München: Beck, 1911.

FLETCHER, George Patrick. Aproximación intersubjetiva al concepto de acción *conferencia proferida na Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.* Trad. de Francisco Muñoz Conde, Sevilla: 1998.

_____. The Right and The Reasonable in *Rechtfertigung und Entschuldigung/Justification And Excuse.* Coordenação de Albin Eser e Geroge P. Fletcher. Freiburg: Eigenverlag Max-Plank Institute, 1987.

_____. *Conceptos básicos de Derecho penal.* Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

_____. *Lo Justo y lo Razonable.* Trad. de Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. *Rethinking Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2000.

_____. *Basics Concepts in criminal law.* New York: Oxford University Press, 1998.

_____. *The Grammar of Criminal Law.* New York: Oxford Universisty Press, 2007.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho penal.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. t. III.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir.* Trad. de Raquel Ramalhete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Alternativas da pena privativa de liberdade. *Revista de Direito Penal*, nº 29. Rio de Janeiro: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, jan./jun. 1981.

_____. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade. *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria.* Rio de Janeiro: Forense, 1962.

_____. *Conduta Punível.* São Paulo: José Bushatsky, 1961.

_____. *Lições de Direito penal, Parte geral.* 15. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Lições de Direito penal.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANCO, Alberto Silva. Suspensão do processo e suspensão da prescrição*Boletim do IBCCrim*, nº 42. São Paulo: IBCCrim, jun.e 1996.

_____. Crimes hediondos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____; STOCO, Rui (Org.).*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRANK, Reinhard. Über den Aufbau des Schouldbegriffs*Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen zur Dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludiviciana*. Giesen, 1907.

_____. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz* 18. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931.

_____. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.* Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo-Buenos Aires, 2004.

_____. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.* Trad. de Gustavo Eduardo Aboso e Thea Löw. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold*Culpabilidad y reproche em Derecho penal.* Trad. de José Luiz Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

FREUND, Georg. *Normative Probleme der Tatsachenfeststelung*. Heidelberg, 1987.

FRISCH, Wolfgang.*Comportamiento típico e imputación del resultado.* Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. *Vorsatz und Risiko.* Koln-Berlin-Bonn-München: Carl Heynemann, 1983.

_____. “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de legitimación de la pena estatal”. Trad. de Ricardo Robles Planas,*in* [Hefendehl, Roland, *La teoría del bien jurídico.* Madrid: Marcial Pons, 2007.

FRISTER, Helmut. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 4. ed. München: C. H. Beck, 2009.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 4. ed. München: C. H.Beck, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GALVÃO, Fernando.*Direito penal. Parte Geral.* 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Direito penal. Parte Geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Imputação Objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. Direito penal. Parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALLAS, Wilhelm.*La teoría del delito en su momento actual.* Trad. de Juan

Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco estructura de la norma penal. *Estudios penales e criminológicos*, 1992/1993. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1993. t. XVI.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La prisión*. México: Fondo de Cultura Económica, 1975.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. t. I.

GARCIA, Ismar Estulano. *Juizados Especiais Criminais*. Goiás: AB Editora, 1996.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

_____. Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal e criminológico. *RFDUC (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)*, nº 63, otoño de 1981. Madrid: Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.

_____. Sobre el principio de intervención mínima do Derecho penal como límite do *ius puniendi*. *Estudios penales e jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. Coord. por Juan José González Rus. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996.

_____. *Tratado de criminología*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GARÓFALO, Raffaele. *La Criminología*. Trad. de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. O Princípio de legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, nº 23, jul./dez. 2006.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

GLASER, Julius. *Abhandlungen aus dem österreischischen Strafrecht*. Leipzig, 1858, reimp. Aalen: Scientia Verlag, 1978. v. I.

GOLDSCHMIDT, James. Der Notstand, ein Schuldproblem. Österreichisch

Zeitschrift für Strafrecht, Wien: Manz, 1913.

_____. *La concepción normativa de la culpabilidad.* 2. ed. Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007.

_____. *La concepción normativa de la culpabilidad.* Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núnez. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2007.

_____. *Problemas Generales de Derecho.* Trad. de Eduardo J. Couture. Buenos Aires: Depalma, 1944.

GOMES, Luiz Flávio (Org.) *Direito penal. Introdução e princípios fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

_____; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal. Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. *2.*

_____. *Erro de tipo e erro de proibição.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Suspensão condicional do processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e Transação penal nos Juizados Especiais Criminais.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Guimarães. A defesa do condenado na execução pena Execução penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. Org.: Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de Derecho penal.* Buenos Aires: Compañia Argentina de Editores, 1939. t. I.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la persona jurídica. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Madrid: Thompson-Reuters, 2012.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; OF BERENGUER, Enrique; ROIG TORRES, Margarita. *Derecho penal. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. t. IV.

GORRIZ ROYO, Elena. *El concepto de autor em Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

GRACIA MARTÍN, Luis. Prólogo. In: RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001.

_____; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel; ALASTUEY DOBON, M. Cárm

Las consecuencias jurídicas do delito en el nuevo Código Penal español. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro.*A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. As regras por trás da exceção: reflexõ sobre a tortura nos chamados "casos de bomba relógio" e comentário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/jun. 2009.

_____. Algumas observações introdutórias à "distinção entre dolo e culpa" de Ingeborg Puppe. *Dolo e Culpa.* (Ingeborg Puppe). Trad. de Luís Greco. Barueri Manole, 2004.

_____. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/jun. 2009.

_____. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade em Direito penal. *Novos Rumos do Direito penal contemporâneo.* Coord.: Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Imputação objetiva: uma introdução. Claus Roxin.*Funcionalismo e imputação objetiva no Direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar 2002.

_____ et al. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e participe no Direito penal. In: GRECO, Luís et al. Autori como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à idei de domínio do fato como o fundamento central da autoria no Direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério.*Curso de Direito penal. Parte Geral*. 5. ed. Niterói: Ímpetus, 2005. (10. ed. 2010). v. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNAND

Antônio Scarance; GO-MES, Luiz Flávio*Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1999.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUARAGNI, Fábio André*Prescrição penal e impunidade. Crítica ao sistema prescricional penal brasileiro.* Curitiba: Juruá, 2000.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I (2004)*Revista Direito GV*, nº 4. São Paulo: FGV, jul./dez. 2006.

_____. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso no direito? *Revista Direito GV,* v. 2, nº 1. Trad. de Flávia Portella Püschel. São Paulo: Direito GV, jan./jun. 2006.

_____. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 17-18, Trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo. Alicante: Biblioteca Miguel de Cervantes, 1995.

HABERMAS, Jürgen. Ciências sociais reconstrutivas versus ciências sociais compreensivas. *Consciência moral e agir comunicativo.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

_____. *La lógica de las ciencias sociales.* Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 2007.

_____. *Teoría de la acción comunicativa.* 4. ed. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003. v. I.

HAFT, Frijtof. Direito e linguagem*in Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* 2. ed. Org.: A. Kaufmann e W. Hassemer. Trad. de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

HANEY, Craig. Mental Health issues in Long-Tem Solitary and "Supermax" Confinement. Crime and Delinquency, vol. 49, nº 1, jan., Santa Cruz: University of California, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito.* 5. ed. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *Punishment and Responsibility.* 2ª ed., New York: Oxford University Press, 2008.

HARTMANN, Nicolai*El problema del ser espiritual.* Trad. de Mateo Dalmasso e

Miguel Ángel Mailluquet. Buenos Aires: Leviatan, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal.* Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. Direito penal simbólico e tutela dos bens jurídicos. *Direito penal. Fundamentos, estrutura e política.* Trad. de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. Linhas gerais de uma teoria pessoal de bem jurídico. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Org.: Luis Greco e Fernanda Lara Tórtima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. ¿Por qué e con qué fin se aplican las penas? (sentido e fin de la sanción penal). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 3, p. 317-331. Madrid: UNED e Marcial Pons, 1999.

_____. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. Trad. de María del Mar Díaz Pita. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

_____. Symbolisches Straf recht und Rechtsgüterschutz. *NStZ – Neue Zeitschrift für Strafrecht*. Munchen: C. H. Becksche, 1989.

_____. *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva.* Trad. de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-hoc, 1995.

_____. *Fundamentos del Derecho penal.* Trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. *Introdução aos fundamentos do Direito penal.* Trad. de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal.* México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

_____. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal.* Ciudad de México: Ubijus, 2009.

_____. *¿Por qué castigar?* Trad. de Manuel Cancio Meliá e Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

_____. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

_____. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

HAWKING, Stephen.*Uma Breve história do tempo.* Trad. de Maria Helena Torres. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4-14. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. 2002.

_____. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *La Teoría del Bien Jurídico.* Org.: Roland Hefendehl. Trad. de María Martín Lorenzo. Madrid: Marcia Pons, 2007.

_____. O bem jurídico como a Pedra Angular da Norma Penal.*O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Org.: Luís Greco e Feranda Lara Tórtima Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 87. Trad. de Luís Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich.*Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Trad. de José Gaos, Madrid: Alianza Editorial, 1997.

_____. *Filosofía del derecho*. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968.

_____. *Princípios da filosofia do direito.* Trad. de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HEISENBERG, Werner. *Quantentheorie und Philosophie*. Stuttgart: Reclam, 1979.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Das Wollen beim Vorsatzdelikt und desse Unterscheidung vom bewußten fahrlässigen Verhalten. *Juristenzeitung, 43. Jahrg*. nº 12. Tübingen: Mohr Siebeck GmbH, 1988.

_____. Die Abgrenzung von Vorsatz und benwusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbesnstandes. *Juristische Schulung*. München: C. H. Beck, 1986.

HESPANHA, António Manuel. As escolas de Direito têm que ensinar mais vida menos teorias sobre a vida. Entrevista publicada na *Revista Direitos dos Humanos*, da FEMPAR – Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Curitiba FEMPAR, out. 2009.

HIPPEL, Robert von.*Deutsches Strafrecht. zweiter Band*: das Verbrechen:

Allgemeine Lehre. Berlin: Springer, 1930.

HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. *Derecho Penal. Obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998. t. I.

_____. El Principio de Culpabilidad y su función en el derecho penal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, nº 5. Lima: Ed. GC, Ene./Jun. 1995.

_____. Sobre el injusto del delito imprudente. *Revista de Derecho Penal y Criminología de a UNED nº 16*. Madrid: UNED, 2005.

_____. *Obras Completas. La Doctrina de los elementos negativos del tipo penal. El error sobre las causas de justificación.* Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. t. IV.

HIRSCHBERG, Rudolf. Zur Lehre von der Gesetzkonkurrenz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 53. Berlin: Walter de Gruyter, 1934.

HOBBES, Thomas. *Leviatan*. Trad. de Manuel Sánchez Sarto. Mexico D.F.: Fonde de Cultura Económica, 1996.

HOBSBAWN, Eric. *A era das Revoluções*. 18. ed. Trad. de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

HÖFFE, Ottfried. *Derecho Intercultural*. Trad. de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2008.

HÖNIG, Richard. Kausalität und objektive Zurechnung. *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70 Geburtstag. Beiträge zur Strafrechtwissenschaft*. v. 1. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1930.

HOWARD, John. *The State of the Prisons in England And Wales*. Montclair: Patterson Smith, 1973.

HRUSCHKA, Joachim. *Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal*. La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ?decadencia o evolución? Ed.: Juan Pablo Montiel. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. Über Scwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht*. Ed.: Karl Heinz Gössel e Hans Kaufmann. München: C. H. Beck, 1985.

_____. *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. ed. Pablo Sánchez-Ostis, Navarra: Thompson-Aranzadi, 2005.

HUME, David. *A treatise of human nature*: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning Into Mor. Harmondsworth, Middlesex: Penguin, 1969.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal. Parte Geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. t. 2º.

_____. *Comentários ao Código Penal.* 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958. v. 6.

_____. *Comentários ao Código Penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I. t. 1º.

_____. *Comentários ao Código Penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I. t. 2º.

_____. *Comentários ao Código Penal.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. V.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte General.* 3. ed. Lima: Grijley, 2005.

IHERING, Rudolf Von. Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. *Festschrift für Birnbaum.* Gieben, 1867.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos e teoría de la imputación.* 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *La pena estatal.* Trad. de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2006.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.* Trad. de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Thompson-Civitas, 2003.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo.* Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

_____. La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente. Conferência proferida em *Seminario impartido en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.* Trad. de Teresa Manso Porto. Sevilla, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General.* 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

_____. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal. Parte Geral.* 23. ed. Saraiva: São Paulo, 1999. (31. ed. 2010). v. 1.

JHERING, Rudolph von. Das Schuldmoment im römanischen Privatrecht. *Festschrift für Johann Michael Franz Birnbaum zur Feier seines fünfzigjähr.*

Professorenjubiläums am 24. Gieben: 1867.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis*Tratado de Derecho penal.* 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. t. I.

_____. *Tratado de Derecho penal.* 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. t. II.

_____. *Tratado de Derecho penal.* 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1965. t. III.

_____. *Tratado de Derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1961. t. IV.

_____. *Tratado de Derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1963. t. V.

_____. *Tratado de Derecho penal.* Buenos Aires: Losada, 1965. t. VI.

JOERDEN, Jan C*Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relatio nen und ihre Verkettungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980.

JORGE BARREIRO, Agustín. Crisis actual del dualismo en el Estado social democrático de derecho. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Madrid: UNED, 2001.

KAHNEMANN, Daniel*Rápido e devagar. Duas formas de pensar.* Trad. de Cássio Arantes Leite, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, Immanuel.*A metafísica dos costumes.* Trad. de Édson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. *Introducción a la teoría do derecho.* Trad. de Felipe González Vicén. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954.

_____. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

_____. Crítica da razão pura. 3. ed., Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi, São Paulo Ícone, 2011.

KARNAL, Leandro; PURDY, Sean; FERNANDES, Luiz Estevam; MORAIS, Mar Vinícius de. *História dos Estados Unidos*. São Paulo: Contexto, 2007.

KAUFMANN, Armin. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen de Handlungs und der Schuldlehere auf die Vorsatzgrenze. *Zeitschrift fur die gesamte strafrechtswissenschaft*. Walter de Gruyter, 1958.

_____. El dolo eventual en la estructura del delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Trad. R. F. Suárez Montes. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1969.

_____. *Dogmática de los delitos de omissión.* Tradução para o espanhol de Joaquin

Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

_____. *Teoria da norma jurídica.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

_____. Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht.*Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70 Geburtstag*. Gottingen: Vandenhoeck, 1961.

_____. Die ontologische Struktur der Handlung.*Schuld und Strafe*. 2. ed. Köln: Carl Heynemanns, 1983.

_____. Über die gerechte Strate. *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*. Berlin/New York: W. de Gruyter, 1996.

_____. *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosphische Untersuchung*. Heidelberg: Winter, 1961.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo Martins Fontes, 1999.

_____. *Teoria Geral das Normas.* Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KENNEDY, David M. Las consecuencias criminógenas de la práctica oficial. Trad de Luciana Moron, Madrid: Marcial Pons, 2016.

KINDHÄUSER, Urs. La culpa penal en un Estado democrático de Derecho*Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

_____. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa.* Trad. de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

KIRCHMANN, Julius Hermann von*La Jurisprudencia no es Ciencia.* Trad. de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949.

KÖHLER, Michael. La imputación subjetiva: Estado de la cuestión*Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra)*. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2000.

KOHLRAUSCH, Eduard. Die Schuld*Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. Kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Deutsche reich unter vergleichender Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Vorentwurfs.* Org.: Aschrott, P. F. e Franz Von Liszt. Berlin: J. Guttentag, 1910. t. I.

KRAUß, Detlef. Der psycologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrech *Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70.* Ed.: Wolfgang Frisch und Werner

Schmid. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1978.

KRIES, Johannes von. Über die Begriffe der Wahrcheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte. *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 9, Berlin: Walter de Gruyter, 1888.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6. ed. München: Franz Vahlen, 2008.

LAMPE, Ernst Joachim. Acerca de la fundamentación funcional del sistema de delito *La dogmática jurídico--penal entre la ontología y el funcionalismo*. Trad. de Carlos Gómez-Jara Díez, Guilhermo Orce e Miguel Polaino-Orts. Lima: Grijley, 2003.

_____. Systemunrecht und Unrechtsystem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 106. Berlin: W. de Gruyter, 1996.

LANDECHO, Carlos de. Peligrosidad social e peligrosidad criminal*Peligrosidad Social e Medidas de seguridad (La ley de peligrosidad e rehabilitación social de 4 de agosto de 1970*). Valencia: Universidad de Valencia, 1974.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo*Las víctimas ante el Derecho Penal Español*. Estudios Penales e Criminológicos, XXI. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1998.

LARENZ, Karl. Der Rechtssatz als Bestimmungssatz*Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*. Org.: Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann e Ulrich Klug Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969.

_____. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*. Reimp. de 1927, Leipzig: Aalen Scientia, 1970.

_____. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1997.

LARRAURI, Elena. Victimología*De los delitos y de las víctimas*. Julio B. J. Maier (Comp.). Buenos Aires: Ad-hoc, 1992.

LASK, Emil.*Filosofía Jurídica*. Trad. de Roberto Goldschmidt. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2008.

LEAL MEDINA, Julio*La historia de las medidas de seguridad*. El Cano: Thompson-Aranzadi, 2006.

LEITE, Alaor. Existem deveres gerais de informação no Direito penal?*RT*, nº 922. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2012.

_____. *Dúvida e Erro sobre a proibição no Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Domínio do fato ou domínio da posição?: autoria e participação no direito

penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016.

LENCKNER, Theodor. Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*Handbuch der forensischen Psychiatrie.* Org.: Göppinger, H. e Witter H. Berlin: Springer, 1972. t. I, parte A.

LEONE, Mauro.*Il Diritto Penale nel Tempo* – aspetti costituzionali del principio d'irretroativitá. Napoli: Jovene, 1980.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico e Constituição*Direito Penal e Constituição*. Organizado por Maurício Antonio Ribeiro Lopes e Wilson Donizet Liberati. São Paulo: Malheiros, 2000.

LIMA JÚNIOR, Félix*Última execução judicial no Brasil.* Maceió: Imprensa Universitária, 1979.

LISZT, Franz von.*Das deutche Reichsstrafrecht.* Berlin – Leipzig: J. Guttentag 1881.

_____. *Tratado de Derecho penal.* 4. ed. Trad. de Luiz Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1999. 3 v.

LOCKE, John.*Segundo tratato sobre o Governo.* Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOMBROSO, Cesare*O Homem delinquente*. Trad. de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo García. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LOPES, Jair Leonardo. Os substitutivos da pena de prisão. Homenagem a Aníba Bruno. Org.: Jair Leonardo Lopes e Marcos Afonso de Souza 2. ed. Belo Horizonte Lami, 1978.

_____. *Curso de Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro.*Princípio da insignificância no Direito Penal, análise à luz da Lei 9.099/95* – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury*Direito Processual penal e sua conformidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. II.

LORENZ, Max.*Die Verjaßhrung im Strafrechte*: eine dogmatische Untersuchung. Praga: Mercy, 1934.

LUDEN, Heinrich.*Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte.* Göttingen: Vandenhoeck, 1836. t. I.

LÜDERSSEN, Klaus. La imputación individualizadora de lesiones de bienes jurídicos: un límite infranqueable para las alternativas de la pena. *Derecho Penal y Ciencias Sociales*. Org.: Mir Puig. Belaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

_____. Abschaffen des Strafens? Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 1995.

LUHMANN, Niklas.*Sociologia do Direito I*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUISI, Luiz. A Crise Contemporânea da Legalidade Penal.*Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*. Coord.: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

_____. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha.*Capítulos de Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Estrutura Jurídica do Crime e outros estudos*. Recife: UFPE, 1970.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993.

_____. *Curso de Derecho Penal. Parte General, I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996.

_____. *Derecho penal de la circulación*. 2. ed., ampl. e atual. Barcelona: PPU, 1990.

LYRA, Roberto.*Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. II.

_____. *Teoria e prática da Promotoria Pública*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MACHADO, Antonio Alberto.*Curso de Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A tentativa no dolo eventual. Direito penal na pós-modernidade. Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. Coord.: Renato de Mello Jorge Silveira, Alamiro Velludo Salvador Netto e Luciano Anderson de Souza São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. O princípio da insignificância e o crim continuado sob uma angulação processual. *Boletim do IBCCrim*, ano 15, nº 182, jan. 2008.

MAIHOFER, Werner. Der soziale Handslungnegriff, en *Festschrift für Eberhard Schmidt*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971.

_____. *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1953.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1948.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINUCCI, Giorgio. No hay dolo sin culpa. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 46. Madrid: Edersa, 1992.

_____. *El delito como acción. Crítica de un dogma*. Trad. de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998.

MARQUES, J. B. de Azevedo. *Direito e Democracia – O Papel do Ministério Público*. São Paulo: Cortez, 1984.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Elementos de direito processual penal*. v. *3*. Rio-São Paulo: Forense, 1962.

_____. *Tratado de Direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, II e IIII.

MARREY, Adriano. Lei 7.209 de 1984, e prescrição retroativa. *RT*, nº 595. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 1985.

MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. La "concepción significativa de la acción" T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionais del delito. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord.: Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Salamanca Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

_____. *A "concepção significativa da ação" de T. S. Vives e suas correspondências sistemáticas com as concepções teleológico-funcionais do delito*. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. Derecho penal económico y de la empresa. Parte General. 4. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social.* Madrid: Tecnos, 1995.

MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Ensaio Crítico sobre a ação.* Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prisión.* Trad. de Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003.

MATURANA, Humberto. Seres humanos individuais e fenômenos sociais humanos. *Ontologia da Realidade.* Trad. de Cristina Magro, Miriam Graciano e Nélson Vaz. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

_____; VARELA, Francisco. *De Máquinas e Seres Vivos.* 3. ed. Tradução de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

_____; DÁVILA, Ximena P. El árbol del vivir. Santiago do Chile: MVP Editores, 2015.

MAURACH, Reinhard. *Tratado de Derecho Penal.* Trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962. v. I e II.

_____; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General 1.* Trad. de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

_____; ZIPF, Heinz e GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho penal. Parte General 2.* Trad. de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MAYER, Helmuth. *Strafrecht. Studienbuch.* Berlin-Stuttgart-Köln-Mainz: Kohlhammer, 1967.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal. Parte General.* Trad. de Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires – Montevideo: BdeF, 2007. McMAHON, Maeve. *The persistent prision? Rethinking Decarceration and Penal Reform.* Toronto-Buffalo--London: University of Toronto, 1992.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica.* Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MERKEL, Adolf. Über Vergeltende Gerechtigkeit. *Kriminalistische Abhandlungen. Band I.* Leipzig: Breitkopf--Hártel, 1867.

_____. *Derecho penal. Parte General.* Trad. de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004.

MERKEL, Adolf. *Kriminalische Abhandlungen*. Leipzig, 1867. t. I.

MERTON, Robert K. Estructura Social y Anomia.*Teoría y Estructura Sociales*. 4. ed. Trad. de Mario Bunge. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2002.

_____. *Teoría y Estructura Sociales*. 4. ed. Trad. de Florentino M. Torner e Rufina Borques. Ciudad de México: Fundo de Cultura Económica, 2002.

MESTIÉRI, João.*Manual de Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

_____. *Teoria elementar do Direito Criminal*. *Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1990.

_____. Manual de direito penal, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I.

MEZGER, Edmund. Die subjektiven Unrechtselemente.*Der Gerichtssaal*, nº 89. Erlangen: Ferdinand Enke, 1924.

_____. *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Strafrecht,* ein *Lehbruch*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1933.

_____. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. t. I.

_____. *Tratado de Derecho penal*. 3. ed. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. t. II.

MINHOTO, Laurindo Dias.*Privatização de presídios e criminalidade*: a gestão da violência o capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MIR PUIG, Santiago.*Derecho Penal Parte General*. 5. ed. Barcelona: Reppertor S. L., 1998.

_____. *Derecho Penal Parte General*. 4. ed. Barcelona: Reppertor S. L., 1996.

_____. *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *Estado, Pena y Delito*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini.*Juizados Especiais Criminais – Comentários, Jurisprudência, Legislação*. 3. ed. revista e atualizada até novembro de 1997. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Manual de Direito penal. Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. (19. ed. 2003). v. 1.

_____. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

MITTERMAIER, Carl-Joseph Anton. Beiträge zur Lehre vom Versuche d Verbrechen. *Neues Archiv des Criminalrechts, II*. Halle: Hemmerbe und Schwetschte, 1816.

_____. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. de Herbert Wüntzel Heinrich. São Paulo: Bookseller, 1997.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. 2. ed. Trad. de Pedro Dorado Montero. Bogotá: Themis, 1999.

MONTESQUIEU, Charles. *O Espírito das Leis*. Trad. de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MOORE, Michael S. *Act and Crime. The philosophy of Action and it's implications for Criminal law*. New York: Oxford University Press, 1993.

MORALES PRATS, Fermín. *Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas e función individualizadora*. Libro Homenaje al profesor Dr. Angel Torio López. Granada: Comares, 1999.

MOREIRA, Luiz. *A Constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. Aproximación teórica al principio de intervenció mínima e a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización. *Revista Faculdade da Universidad de Granada*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 1983.

_____. *Curso de derecho penal español. Parte general*. Dirigido por Manuel Cobo do Rosal. Madrid: Marcial Pons, 1996.

_____. *Teoría de las consecuencias jurídicas do delito*. Madrid: Tecnos, 1991.

_____; RUIZ ANTON, L. F. *Manual de derecho penal. Parte general, I. Introducción e Ley penal*. Dirigida por Manuel Cobo del Rosal. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.

MORO, Aldo. *Unità e pluralità dei reati – Principi*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1959.

MORSELLI, Elio. A função da pena à luz da moderna criminologia. *Revista Brasileira de Ciências criminais*, nº 19. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ju./set. 1997.

MORUS, Thomas. *Utopia*. Trad. de Luís de Andrade. 21. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1998. v. 3.

MOURA, Gregore. *Do princípio da coculpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

MUNHOZ, Laertes Macedo. Da causalidade subjetiva no Código Penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1943.

MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Aspectos da reforma penal. Homenagem a Aníbal Bruno. Org.: Jair Leonardo Lopes e Marcos Afonso de Souza. 2. ed. Belo Horizonte: Lami, 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao Direito e ao processo penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. (5. ed. 2002, 6. ed. 2004, 7. ed. 2007 e 8. ed. 2010).

_____; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Trad. de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. ¿Dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados en "organizaciones no desvinculadas al Derecho"? *Revista Penal*, nº 6. Barcelona: La Ley, 2000.

_____. Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad. Plenario de 03.09.1999 do XI Congreso Latinoamericano e III Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología. Montevideo, 1999.

_____. *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____. *Derecho penal e control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

_____. *Derecho penal. Parte Especial*. 18. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

_____. *Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo*. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *El error en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

_____. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

_____. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

_____. *Teoría general do delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

NAGLER, Johannes. Der heutige Stand der Lehre Von der Rechtwidrigkeit

Festschrift für Karl Binding zum 4 juni 1911. Reimp. de Leipzig 1911, Aalen: Scientia, 1974.

NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal. Una Introducción*. Trad. de Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006.

_____. "O alcance do Direito penal retributivo em Kant", Trad. de Fernanda Lara Tórtima, *in* [Tórtima, Fernanda e Greco, Luís] *Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. "Prevención general y derechos fundamentales de las personas", Trad. de Gustavo Aboso e Tea Löw, *in* [Naucke, Wolfgang; Hassemer, Winfried e Lüderssen, Klaus] *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

NIEPOTH, Burkhard. *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*. Frankfurt am Main – New York: P. Lang, 1994.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Do crime culposo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

_____. *Direito penal. Parte Geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

NÓVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

NOWAKOWSKI, Friedrich. Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit. *Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 63, 1951.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Reformas do Processo Penal*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008.

_____. *Individualização da pena*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e exculpação. O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado*. Madrid: Colex, 2003.

NUÑEZ, Ricardo C. *Derecho penal Argentino. Parte general*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1959.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho penal. Parte General y Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2000.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter 1996.

OXMAN, Nicolás. Sistemas de imputación subjetiva en derecho penal. Valencia Tirant lo Blanch, 2016.

PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em Direito penal.*Problemas Fundamentais de Direito Penal.* Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.

PALLAMOLA, Raffaella da Porciúncula.*Justiça Restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCrim, 2009.

PAPAGEORGIOU-GONATAS, Stylianos.*Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*: Zugleich eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Strafgrund des Versuchs. München: VVF, 1988.

PARSONS, Talcott. *La estructura de la acción social.* Madrid: Guadarrama, 1968.

_____. *The social system*. Glencoe: The Free Press, 1951.

PASUKANIS, Evgeny Bronislanovich. *A teoria geral do Direito e o marxismo*. Trad. de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança.* Trad. de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: ICPC, 2012.

PEÑA CABRERA, Raúl. El bien jurídico en los delitos económicos (con referenci al Código Penal peruano). *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 11, p. 37-49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de do como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PÉREZ MANZANO, Mercedes.*Culpabilidad y prevención*: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: Editorial Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

PETROCELLI, Biagio. *Principi di Diritto penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1964.

_____. *L'antigiuridicità*. Padova: CEDAM, 1947.

PIERANGELI, José Henrique. Nexo de Causalidade e Imputação Objetiva.*Direito Criminal, coleção Jus Aeternum*, nº 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Códigos penais do Brasil.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Escritos Jurídico-penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIMENTEL, Fabiano. O Overruling como fundamento para a revisão criminal. Bel

Horizonte: De Plácido, 2015.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. *Legislação Penal Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

PIÑA ROQUEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del* Common Law. Granada: Comares, 2002.

POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Medidas de seguridad inocuizadoras para delincuentes peligrosos? *Revista Peruana de Doctrina e Jurisprudencia Penales*, nº 2, Lima: Grijley, 2001.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Los elementos subjetivos del tipo legal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2008.

PORTO, Antonio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

POSSAS, Mariana Thorstensen. O Problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* nº 56, set./out. 2005.

PRADO, Geraldo; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais. Comentários e anotações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

_____. *Elementos de Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. I.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. Arts. 1º a 120. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47. Trad. de Helga Sabotta de Araújo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt-am-Main: Vittorio Klostermann,

1993.

PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis.*Zeitschrift fur die gesamte strafrechtswissenschaft*, nº 103, Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

_____. *A distinção entre Dolo e Culpa.* Trad. de Luís Greco. São Paulo: Manole 2004.

QUEIROZ, Paulo.*Direito penal. Parte Geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008.

_____; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da Lei Processual Penal e Garantismo *Boletim do IBCCrim,* ano 12, nº 143. São Paulo: IBCCrim, out. 2004.

____. *Direito Penal. Parte Geral.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho penal*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2005.

_____. *Parte General del Derecho penal.* 4. ed. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters, 2010.

_____. Monismo y Dualismo. Culpables y peligrosos. Org.: Eduardo Demetrio Crespo. Neurociencia y derecho penal. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: BdeF Edisofer, 2013.

_____; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel.*Manual de Derecho Penal. Parte general*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

RADBRUCH, Gustav. Zur Systematik der Verbrechenslehre.*Festgabe für Reinhard von Frank.* Tubingen: J. C. B. Mohr, 1930. t. I, reimp. de 1969.

_____. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem.* Darmstadt: Wissenchftliche Buchgeselschaft, 1904. Reimp. de 1967.

_____. *El espíritu del Derecho inglés.* Trad. de Juan Carlos Peg Ros. Madrid Marcial Pons, 2001.

_____. *Filosofia do Direito.* Trad. de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

_____. *Relativismo y Derecho.* Trad. de Luis Villar Borda. Bogotá: Themis, 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón.*El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999.

_____.“La atenuante analógica de cuasiprescripción. *in In Dret. 3/2017.* Barcelona, Julho de 2017.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

RANGEL, Paulo. O princípio da irretroatividade da lei processual material como garantia fundamental. *Boletim do IBCCrim*, ano 16, nº 188. São Paulo: IBCCrim, jul 2008.

_____. *Direito processual penal.* 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

REALE JR., Miguel. *Teoria do delito.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. Introducción al estudio de los princípios cardinales del Derecho penal. *Criminalidade Moderna e Reformas Penais. Estudos em Homenagem ao Prof. Luis Luísi*. Org.: André Copetti. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROBINSON, Paul. Rules of Conduct and Principles of Adjudication. University of Chicago Criminal Law Review 57. Chicago; Chicago University, 1990, fasc. III.

_____. *Structure and function in criminal law.* Oxford: Calderon Press, 1997.

ROBLES, Gregorio. *Crimen y castigo*: ensayo sobre Durkheim. Madrid: Civitas, 2001.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena.* Trad. de Gerónimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2001.

RODRIGUES, Cristiano. Teorias da Culpabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte general*. 17. ed. Madrid: Dynkinson, 1994.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.); JORGE BARREIRO, Augustín (Coord.). *Comentários al* Código Penal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *La omisión de socorro en el Código Penal.* Madrid: Tecnos, 1966.

RODRIGUEZ RAMOS, Luiz. Reserva de la ley orgánica para las normas penales. *Comentarios a la legislación penal, I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982.

ROMERO SIRVENT, Clotilde. Causas de exclusión de la acción. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 46, p. 151-167, Madrid: Edersa – Editoriales Reunidas, 1992.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça.* Trad. de Édson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

ROUBIER, Paul*Le doit transitoire (conflits des lois dans le temps)*. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

ROUSSEAU, Jean-Jacques*O contrato social*. Trad. de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da acção.*Problemas Fundamentais de Direito penal*. 3. ed. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

_____. Dominio de la organización y resolución al hecho. *La teoría del delito*. Trad. de Manuel Abando Vásquez. Santiago: Grijley, 2007.

_____. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. *RT*, nº 922. Trad. de Alaor Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2012.

_____. Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Tätterschaft*In Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht*, nº 125, 2007.

_____. Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate. *Goltdamme'rs Archiv für Strafrecht*, 1963.

_____. Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes. *Problemas Básicos do direito penal*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.

_____. Los últimos desarrollos de la política criminal. *Política criminal y estructura del delito*. Trad. de Juán Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé. Barcelona PPU, 1992.

_____. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito penal. *Problemas Fundamentais de Direito penal*. 3. ed. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do Sistema Jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 35. Trad. de Luís Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2001.

_____. Sobre la culpa en Derecho penal. *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Org. e trad. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2006.

_____. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Trad. de Joaquín Cuello

Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. *Culpabilidad y prevención em Derecho penal.* Trad. de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. *Derecho penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

_____. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem.* Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973.

_____. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal.* Trad. de Carmen Gómez Rivero e María del Carmén García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal.* Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Problemas fundamentais de Direito penal*. 3. ed. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

_____. *Teoria del Tipo Penal.* Trad. de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

_____. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006.

_____. Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia. Coord.: Carlos García Valdés; Antonio Cuerda Riezu; Margarita Martinez Escamilla; Rafael Alcácer Guirao; Margarita Valle Mariscal de Gante. Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II. Madrid: Edisofer, 2008.

_____. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana. *in InDret, 4, outubro de 2012*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2012.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001.

RUSCHE, Georg; KÜRSCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social.* 2. ed. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SABATINI, Giuseppe. *Principii constituzionali del processo penale*. Napoli: Jovene, 1976.

SALM, Karl. *Das versuchte Verbrechen: Studiem zum Rechtsguts-und Verbrechensbegriff.* Karlsruhe: C. F. Müller, 1957. t. I.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco.* São

Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, Riesgo e Imputación*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações d jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 31, ano 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2000.

SANTOS, Gildson Gomes dos. Perspectiva pós-colonialista sobre a intençã criminosa. Uma abordagem fundada na matriz biológico-cultural da existência humana. Buenos Aires: UBA, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2005.

_____. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 2000.

_____. *Direito penal. Parte Geral*. 2. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lume Juris, 2007.

_____. *Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lume Juris, 2008.

SAX, Walter. Grundsätze der Strafrechtspflege. *Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. Berlin: Duncker e Humblot, 1972.

SCHEWE, Günter. "Subjektiver Tatbestand" un Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit *Festschrift für Richard Lange zum 70*. Ed.: Günter Warda et al. Berlin – New York, 1976.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtstaatlicl Utopie. *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*. Org.: Peter Selmer, Wolfgang Martens, Ingo von Münch. Berlin: Walter de Gruyter, 1987.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1984.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do Direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHMIDT, Eberhard. Das Reichgericht und der übergesetzliche Notstand *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 49, Berlin: Walter de Gruyter, 1929.

_____. Soziale Handlungslehre. *Festschrift für Karl Engish*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969.

SCHMITT, Rudolf. Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht *Zeitschrift*

für die gesamte Strafrechtswissenschaft, nº 75. Berlin: Walter de Gruyter, 1963.

SCHUMANN, Heribert. Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelemen durch den BGH. *Juristenzeitung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1989.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¡El Derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos! *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal.* Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007.

_____. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits – und Gefährdungsdelikte. *Juristische Aarbeitsblättern*, nº 7, 1975.

_____. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Org.: Luis Greco e Fernanda Tórtima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania *in Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal*. Trad. de Juan Fernández Carrasquilla. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007.

_____. Die deutschprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wienen Kommentars (2ª parte). *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg: R. V. Decker's 1986.

_____. Introdução ao raciocínio sistemático em direito penal. *Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Comp. dir. por Bernd Schünemann. Madrid: Tecnos, 1984.

_____. La culpabilidad: estado de la cuestión. *Sobre el Estado de la Teoría del delito.* Claus Roxin, Günther Jakobs, Bernd SchünemannmWolfgang Frisch e Michael Köhler. Trad. de David Felip i Saborit e Ramón Ragués i Vallés. Madrid: Civitas 2000.

_____. La función del princípio de culpabilidad em el Derecho penal preventivo. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1989.

_____. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

SEELMAN, Kurt. "El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena". Trad. de Ricardo Robles

Planas, *in* [Hefendehl, Roland, *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. El conocimiento científico del derec penal. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha- Ediciones de la Universidad de Salamanca 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena. Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *Las medidas de seguridad e el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Teoria do domínio do fato. São Paulo: Saraiva 2014.

SILVA DIAS, Augusto. What If Everybody did it?: sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 13, nº 3. Coimbra: Coimbra editora, jul./set. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.

_____. *La Expansión del Derecho penal*. 2. ed. ampliada. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

_____. ¿Competencia indirecta de las comunidades autónomas en materia de derecho penal? *La Ley*, p. 964-982. Madrid: La Ley, 1993.

_____. ¿Consideraciones victimologicas em la teoria jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática. *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona – Libro homenaje al Profesor Antonio Beristein*. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989.

_____. ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión sobre la teoría de las normas. *Normas y Acciones en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

_____. La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas. Comentarios a la STS de 23 de septiembre de 1983. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 36, p. 905-933, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1986.

_____. La víctimo-dogmática en el derecho extranjero. *Victimología*, VIII Cursos de Verano en San Sebastián. Coord.: Antonio Beristain. San Sebastián: UPV/EHU, 1990.

_____. Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 44, 1991, p. 1-23, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1991.

_____. *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo.* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *La expansión do Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*. Cuadernos Civitas. Madrid: Civitas, 1999.

SILVA, Eliezer Gomes da. Transtornos mentais e crime: reflexões sobre o completo diálogo entre a Psiquiatria e o Direito Penal. *Direito e Sociedade*, v. 2, nº 2. Curitiba: Ministério Público do Paraná, jul./dez. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Pablo Alflen da. O risco da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito Penal da sociedade do Risco. *Política Criminal*, nº 3, 2007.

_____. O Tribunal penal internacional: antecedentes históricos e o novo Código Penal Internacional Alemão. *Tribunal Penal Internacional*. Org.: Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da. Fundamentos da adequação social em direito penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SINGER, Richard; LA FOND, John. *Criminal law*. 4. ed. Austin-Boston: Wolter-Kluwer, 2007.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino.* 5. ed. Buenos Aires: TEA, 2000. v. *2.*

_____. *Derecho penal argentino.* 5. ed. Buenos Aires: TEA, 1999. v. 1.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. de 2010.

SOUZA, Renee do Ó; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. "A lei 13.964/2019 e as modificações do Código penal", *in Lei Anticrime. Comentários à Lei 13.926/2019.* [Org. – Renee do Ó Souza], Belo Horizonte: De Plácido, 2020.

STAMMLER, Rudolf. *Tratado de Folosofía del Derecho.* Trad. de W. Roces. Madrid: Reus, 1930.

STAMPA BRAUN, Jose María. *Introducción a la ciencia del Derecho penal*. Valladolid: 1953.

STEVENSON, Oscar. *Do Crime Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1939.

STOOB, Carl. Dolus eventualis und Gefährdung. *Zeitschrift fur die gesamte strafrechtswissenschaft*, nº 15, Berlin: Walter de Gruyter, 1895.

STRATENWERTH, Günter. El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. *La Teoría del Bien Jurídico*. Org.: Roland Hefendehl. Trad. de María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. Sobre o conceito de bem jurídico. *O Bem Jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Org.: Luiz Greco e Fernanda Lara Tórtima. Trad. de Luís Greco. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thompson-Civitas, 2005.

_____. *Derecho Penal. Parte general, I*. Trad. de Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

STRAWSON, Peter Frederick. *Libertad y resentimiento*. Trad. de Juan José Acero. Barcelona: Paidós, 1995.

SUTHERLAND, Erwin H. *Crime de colarinho branco*. Trad. de Clécio Lemos, Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAMARIT SUMALLA, Josep (Coord.). *La justicia restaurativa*: desarrollo y aplicaciones. Granada: Comares, 2012.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Trad. de Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

_____. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1996.

_____. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista de Direito Penal*. v. 6. São Paulo: [n.d.] 1972.

TAVARES, Juarez E. X. Interpretación, princípio de legalidad y jurisprudencia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 40, nº 3, Madrid: Ministério de Justicia, 1987.

_____. *Direito penal da negligência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direito penal da negligência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Teoria do crime culposo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TELES, Nei Moura. *Direito penal. Parte Geral.* São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

THOMPSON, Augusto *A questão penitenciária.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THON, August. *Norma giuridica e diritto soggettivo*: indagini di teoria generale del diritto. 2. ed. Padova: CEDAM, 1951.

_____. *Rechtsnorm und subjektives Recht: unterschungen zur allgemeinen Rechtslehre*. Reimp. de *Weimar: Hermann Böhlau, 1878*. Aalen: Scientia, 1964.

TIEDEMANN, Klaus *Lecciones de Derecho penal económico.* Barcelona: PPU, 1993.

_____. *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1969.

TITTMANN, Karl August *Handbuch des Straferechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetz*. 2. ed. Halle: Hemmerde u. Schwetschke, 1822. t. I.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime.* Rio de Janeiro: Forense, 1978.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias individuais no proceso penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

URQUIZO OLAECHEA, José. La Culpabilidad penal *Una Visión Moderna de la Teoría do Delito,* Revista editada por el Ministerio de Justicia do Perú. Lima: Ministério de la Justicia, 1998.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de falências: Decreto-lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945.* Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. III.

VARELA, Drauzio. *Estação Carandirú.* São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VIDAL, Hélvio Simões. Os tipos penais na nova lei de falências e recuperação de empresas. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais,* v. 6. Belo Horizonte: Ministério Público Estadual, 2006.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. *Topica y Jurisprudencia.* Trad. de Luis Diez-Picazo Ponce de León. Madrid Taurus, 1964.

VIEL, Luiz. Aplicação da nova parte geral do Código Penal.*Jurisprudência Brasileira (Criminal).* Curitiba: Juruá 1987. v. 18.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador.*Fundamentos del Sistema penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

_____. El princípio de culpabilidad. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor doctor Don José Cerezo Mir.* Ed.: José Luiz Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín e Juan Felipe Higuer Guimerá. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. v. I.

_____. *La libertad como pretexto.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

_____. Fundamentos del sistema penal. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____; CUERDA ARNAU, María Luísa y GÓRRIZ ROYO, Elena.*Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

_____. "Lady Macbeth y la doctrina de la acción", *in Crímenes y castigos.* [T.S. Vives Antón, J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac, A. Alonso Rimo e M. Roi Torres – dir.], Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

VOGLER, Theo. Der beginn des Versuchs.*Beitrage zur Rechtswissenschaft. Festschrift für. W. Stree und J. Wessels zum 70.* Ed.:. Geburtstag W. Küper, J. Welp. Heidelberg: C.F. Muller, 1993.

VOLTAIRE, François Marie Arouet.*Tratado sobre a tolerância.* Trad. de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2008.

VON HIPPEL, Roberto. *Manuale Di Diritto Penale*. Trad. de Roberto Vozzi, Napoli: Eugenio Novele, 1936.

WACQUANT, Löic. A ascensão do Estado penal nos EUA.*Discursos Sediciosos*, nº 11, ano 7. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Os condenados da cidade.* Trad. de João Roberto Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

WEBER, Hellmuth von.*Lineamientos del Derecho penal alemán.* Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2008.

WEIGAND, Thomas. Zwitschen Vorsatz und Fahrlässigkeit.*Zeitschrift fur die*

gesamte Strafrechtswissenschaft, nº 93, Berlin: Walter de Gruyter, 1981.

WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenchaft*, nº 58, 1939.

_____. *Das neue Bild des Strafrechtssystems*. 4. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1961.

_____. *Derecho penal alemán.* 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal.* Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.

_____. *Introducción a la filosofía del Derecho, Derecho natural y Justicia material.* Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1977.

_____. *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico.* Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1962.

_____. *O novo sistema jurídico penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista.* Trad. de Luis Régis Prado, da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WERLE, Gerhard.*Tratado de Derecho penal internacional.* Trad. de María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

WESSELS, Johannes*Derecho penal. Parte General.* Trad. de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1980.

WILLIAMS, Bernard*La filosofía como una disciplina humanística.* México: FCE, 2011.

_____. *'Voluntary Acts nd Responsible Agents' in Oxford Journal of legal studies, 10* (1990) 1-10.

WITTGENSTEIN, Ludwig*Investigaciones Filosóficas.* 2. ed. Trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002.

_____. *Sobre la certeza*. Barcelona: Gedisa, 2000.

ZACHARIÄ, Heinrich Albert*Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*. Göttingen: Dietrich, 1836.

ZAFFARONI, Eugenio Raul*Em busca das penas perdidas*. 2. ed. Trad. de Vânia Romano Pedros e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires: Ediar, 1989.

_____. *Introducción a la obra Lineamientos del Derecho penal alemán de Helmuth*

Von Weber. Buenos Aires: Ediar, 2008.

_____. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Lima: Editorial Jurídica, 1998. t. I.

_____. *Manual de Direito penal brasileiro. Parte Geral.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de Derecho Penal – parte general*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1996.

_____; ALAGIA, Alejando; SLOKAR, Alejandro *Derecho penal. Parte General.* 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Enrique *Da tentativa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____; ____. *Manual de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAGREBELSKI, Vladimiro. *Reato continuato*. Milano: Giuffrè, 1970.

ZANATTA, Airton. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes. Um novo foco sobre o crime e a justiça.* Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZIELINSKI, Diethart *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito.* Tradução para o espanhol de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

ZILIO, Jacson. *Legítima Defensa.* Buenos Aires: Didot, 2012.

ZINI, Julio Cezar Faria. Os crimes omissivos na sociedade contemporânea. Bel Horizonte: De Plácido, 2015.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal.* Trad. de Miguel Izquierdo Macías-Picavez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.

ZIPPELIUS, Reinhold *Teoria Geral do Estado.* 3. ed. Trad. J. J. Canotilho. Lisboa: Calouste Gulkbenkian, 1997.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel *Fundamentos de Derecho penal.* 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

_____. *Fundamentos de Derecho penal. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid: Colex, 2001.